FUNDAMENTOS DE TEORIA DA CONSTITUIÇÃO E PRAXIS JURISDICIONAL

Volume II

Organizador: Alvaro Luis de A. S. Ciarlini

Organizador: Alvaro Luis de A. S. Ciarlini

FUNDAMENTOS DE TEORIA DA CONSTITUIÇÃO EPRAXIS JURISDICIONAL

1ª edição

Volume II

Autores:

Flávia Martins Affonso

Ricardo Alexandre Pinheiro de Oliveira

Marcelo Turbay Freiria

Alberto Cascais

Eitel Santiago de Brito Pereira

Adriana da Fontoura Alves

Gabrielle Tatith Pereira

Brasília

Editora IDP

2012

INDICE

Fundamentos de Teoria da Constituição e
***praxis* jurisdicional**

APRESENTAÇÃO

A presente obra, intitulada "Temas de Jurisdição Constitucional e Cidadania", pretende trazer ao público leitor, além de uma coletânea de textos jurídicos de evidente interesse para o Direito Constitucional, algumas reflexões que certamente se encontram no âmago da teoria e da *praxis* jurídica, justamente no ponto que toca o exercício das prerrogativas constitucionais dos cidadãos, diante dos problemas que invariavelmente cercam a jurisdição constitucional, sua legitimidade e limites de possibilidade.

A presente coletânea representa ainda, de modo preponderante, o fruto da pesquisa de dos alunos do Programa de Mestrado Acadêmico da Escola de Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público, contando ainda com a participação de professores do referido programa.

Este segundo volume tem por objetivo tratar dos temas relacionados aos fundamentos de Teoria da Constituição, tendo como foco a *praxis* jurisdicional. Sete foram os temas escolhidos: a) no primeiro capítulo foi abordada a natureza híbrida do direito à saúde, dando-se ênfase à necessidade de pluralização do debate judicial a respeito dos critérios que orientarão os limites de fruição desse direito, como estratégia de promover sua efetividade; b) o segundo capítulo suscita questões a respeito do controle difuso de constitucionalidade, indagando a respeito da função constitucionalmente reservada ao Senado Federal em um Estado democrático de direito a partir da tese da mutação constitucional; c) o terceiro capítulo, promove a análise da constitucionalidade do tema alusivo ao crime de maus tratos a animais, como inserido no atual projeto do novo Código Penal Brasileiro, indagando a respeito

da possibilidade de efetividade dessas normas protetivas; d) o quarto capítulo delineia importantes aportes teóricos a respeito da garantia constitucional da “igualdade de chances” na órbita do direito constitucional eleitoral; e) o quinto capítulo traz ao tema do tridimensionalismo do direito de Gustav Radbruch e Miguel Reale uma abordagem atual e contextualizada com importantes vertentes da teoria do direito, f) o sexto capítulo versa a respeito do objeto do movimento da descriminalização da maconha na República Federativa do Brasil, suscitando a inconstitucionalidade dessa providência; g) o sétimo capítulo suscita reflexão a respeito da legitimidade da interpretação construtiva do direito à luz do conceito de integridade de Ronald Dworkin; h) finalmente, no oitavo capítulo desta obra, examinou-se o controle da legalidade e da constitucionalidade das decisões do Conselho Nacional de justiça.

Prof. Dr. Alvaro Ciarlini

CAPÍTULO 1

DA NATUREZA HÍBRIDA DO DIREITO À SAÚDE E NECESSIDADE DE PLURALIZAÇÃO DO DEBATE JUDICIAL COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DESSE DIREITO

Flávia Martins Affonso[1]
DOI 10.11117/9788565604109.01

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo, analisando a instrumentalidade do processo, enfatizar o caráter de transindividualidade do direito à saúde, sem, contudo, se esquecer do seu enfoque de direito humano e subjetivo, ressaltando, inclusive, diante do conhecimento interdisciplinar que a matéria exige, a necessidade de abertura do diálogo, para fins de se permitir uma maior aceitabilidade racional, e participação dos diversos interessados no processo. Aproveita, também, para esboçar o panorama estabelecido pela nova reforma legislativa, no âmbito do Direito sanitário, que teve por finalidade a definição tanto do conceito de integralidade, no Sistema Único de Saúde- SUS, como da coibição da omissão na análise de tecnologia, pelo Executivo, com o estabelecimento de um processo administrativo, com prazos, público, e aberto à manifestação a qualquer interessado.

Palavras-chaves: Direito à saúde. Direito humano. Natureza híbrida: subjetiva e coletiva. Reforma legislativa. Definição do conceito de integralidade. Instrumentalidade do processo. Medicina Baseada em Evidência- MBE. Necessidade de abertura do diálogo. Aceitabilidade racional.

ABSTRACT: This paper analyses the instrumental character of legal procedure in order to emphasize the collective aspect of the right to health, without

---

[1] Mestranda no Instituto Brasiliense de Direito Público- IDP, Curso Constituição e Sociedade. Especialização em Processo Civil, pelo Instituto Brasiliense de Direito Público e pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Especialização em “Globalização, Justiça e Segurança Humana”, pela Escola Superior do Ministério Público da União- ESMPU. Advogada da União.

prejudice to its nature of subjective human right. As a result, and given the needs set out in the interdisciplinary study, the opening of a dialogue, during the judicial proceedings, has shown itself to be necessary, for the purpose of the acceptability of sentence and citizen participation and access to justice. This paper also traces the new programme of legislative reform that has defined the concept of integral and equal right of access to health.

Keywords: Right to health. Fundamental human right. Collective aspect of the right to health and subjective human right. Legislative reform. Integral and equal right of access to health. Instrumental character of legal procedure. Evidence-Based Medicine –EBM. The opening of a dialogue. The acceptability of sentence.

Introdução

Depois de um período de excessiva judicialização das ações versando sobre o direito de saúde, e esforço conjunto das instituições para a sistematização da matéria, chega o momento de se começar a reconhecer a necessidade de maturação do direito sanitário no país, pelo prisma de uma abordagem própria, e sem o excesso de sensacionalismo, muitas vezes provocado, que a discussão envolve.

Partindo da insuficiência do conceito de bem-estar para definir o critério de integralidade, no âmbito do Sistema Único de Saúde- SUS, e de divergências sobre a sua abrangência, apesar das tentativas do Legislativo e Executivo em sua conceituação, sendo a última a reforma legislativa operada pela Lei nº 12.401/2011, que alterou a Lei nº 8.080/1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde- SUS, assim como o Decreto nº 7.646/2011, que dispõe sobre a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde e sobre o processo administrativo para incorporação, exclusão e alteração de tecnologias em saúde pelo Sistema Único de Saúde - SUS, e dá outras providências, o artigo enfatizará a necessidade de sua sistematização, sob pena de se colocar em risco o próprio sistema, e a saúde da coletividade.

O artigo, sob o enfoque da instrumentalidade do direito processual, assim como do processo como meio de exercício político do direito, buscará analisar, a partir do reconhecimento da natureza híbrida do direito à saúde, meios de sua efetivação, sem perder o enfoque de sua transindividualidade, bem como a necessidade de adequação do rito.

Por fim, concluirá no sentido de ser a pluralização do debate o mecanismo para melhor resolução dos conflitos relativos à matéria, a ser utilizado inclusive pelo Judiciário, com o agravante de que, nas ações de saúde, existiria a necessidade de abertura do diálogo a verdades extrajurídicas.

Da breve contextualização histórica do direito à saúde no Brasil:

Podemos encontrar o embrião do direito sanitário, no Brasil, com a vinda da Corte Portuguesa, no século XIX, e criação da Sociedade de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro, responsável pela luta no sentido da efetivação das políticas sanitárias. Nesse período, eram realizadas apenas algumas ações de combate à lepra e à peste, e algum controle sanitário, especialmente sobre portos e ruas.

Entre 1870 e 1930, o Estado passa a praticar algumas ações mais efetivas no campo da saúde, com a adoção do modelo “campanhista”, caracterizado pelo uso da força policial no controle das doenças epidêmicas, por campanhas de vacinação, que levou inclusive, no governo de Rodrigues Alves, à Revolta da Vacina, em 1904, caracterizada pela insatisfação do povo frente às medidas tomadas pelo poder público (no caso, por exemplo, da obrigatoriedade de vacinação antivaríola, o Governo estabeleceu multa aos refratários e a exigência de atestado de vacinação para matrículas nas escolas, empregos públicos, casamentos, viagens, entre outros).

Somente a partir da década de 30, há a estruturação básica do sistema de saúde, que passa a também realizar ações curativas, com a criação do Ministério da Educação e Saúde Pública e dos Institutos de Previdência- IAPs. Contudo, a saúde não era universalizada em sua dimensão curativa,

restringindo a beneficiar os trabalhadores que contribuíam para os institutos de previdência.

Durante o regime militar, os IAPs foram unificados, com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social- INPS, do Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social. Com esse sistema, todo trabalhador urbano com carteira assinada seria seu contribuinte e beneficiário, tendo direito a atendimento na rede pública de saúde. No entanto, grande contingente da população brasileira, que não integrava o mercado de trabalho formal, continuava excluído do direito à saúde, ainda dependendo da caridade pública.[2]

Influenciados pelo movimento sanitarista mundial, ocorrido após a Segunda Guerra Mundial, e reconhecimento da saúde como direito humano fundamental, para que muito contribuíram a criação da Organização das Nações Unidas de 1945 e posterior elaboração da Constituição da Organização Mundial de Saúde, em 22 de julho de 1946, na cidade de Nova Iorque, com entrada em vigor em 07 de abril de 1948[3], a Declaração Universal de Direitos Humanos (art. 25, item 1[4]), de 1948, assinada pelo Brasil, em 10 de dezembro de 1948, assim como o Pacto dos Direitos Sociais, Culturais e Econômicos, de 1966, ratificado pelo Brasil somente em 24 de janeiro de 1992 (art. 12-1 e 2[5]),

---

[2] As referências históricas foram extraídas de BARROSO. Luís Roberto. Da falta de efetividade à constitucionalização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Página eletrônica http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf.

[3] A Organização Mundial de Saúde conta, atualmente, com 193 Estados-membros, sendo o Brasil um deles.

[4] A declaração dispõe, em seu art. 25, item 1, que todos têm direito ao repouso e ao lazer, bem como: *"um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle."*

[5] O art. 12-1 vem estabelecer que *"os Estados-partes reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental",* dispondo o art. 12-2 que *"as medidas que os Estados-partes deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para garantir: a) a diminuição da mortinatalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento são das crianças; b) a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente; c) a prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra*

os constituintes reconheceram a saúde como direito no Brasil, na Constituição de 1988, tanto no art. 6º[6], como no Capítulo II do Título VIII que trata da Ordem Social, especialmente Seção II, que cuida especificamente da Saúde, nos seus artigos 196 a 200[7].

---

essas doenças; d) a criação de condições que assegurem a todos a assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade."

[6] *"Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)."*

[7] *"Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.*
Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.
Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:
I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
III - participação da comunidade.
§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (Parágrafo único renumerado para § 1º pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)
§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)
I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)
II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)
III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.(Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)
§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:(Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) Regulamento
I - os percentuais de que trata o § 2º; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)
II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)
III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)
IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União.(Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

A partir desse marco, passaram a ser elaborados inúmeros diplomas legais a respeito do Direito Sanitário: Leis números 8.080 (Lei Orgânica da Saúde) e 8.142, ambas de 1990; Códigos Sanitários Estaduais e Municipais; Lei nº 9.782, de 1999 (ANVISA); Lei nº 9.656, de 1988 (Saúde Suplementar); Lei nº 10.972, de 2004 (Hemobrás); Lei nº 11.105, de 2005 (Lei de Bioética), além de inúmeros regulamentos infralegais.[8]

---

§ 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação. .(Incluído pela Emenda Constitucional nº 51, de 2006)
§ 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 63, de 2010) Regulamento
§ 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 51, de 2006)
Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.
§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.
§ 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.
§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.
§ 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.
Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:
I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;
VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.”

[8] AITH, Fernando. A emergência do Direito Sanitário como um novo campo do direito. *In*: ROMERO, Luiz Carlos; DELDUQUE, Maria Célia. (Orgs.). Estudos de Direito Sanitário: a produção normativa e saúde. Brasília: Senado Federal, 2011, p. 25-29.

Recentemente, como importantes marcos legais, temos a Lei nº 12.401/2011, que alterou a Lei nº 8.080/1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde- SUS, assim como o Decreto nº 7.646/2011, que dispõe sobre a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde e sobre o processo administrativo para incorporação, exclusão e alteração de tecnologias em saúde pelo Sistema Único de Saúde - SUS, e dá outras providências.

Por consequência, inclusive, da positivação do direito à saúde, porém não única, uma vez que diversos interesses econômicos vêm influenciando esse número, atualmente, vislumbramos um quadro de crescente judicialização de demandas tendo esse direito como objeto.

Também, contribuindo para esse fator, e como fato positivo, nos últimos anos, no Brasil, a Constituição conquistou verdadeiramente força normativa e efetividade, deixando as normas constitucionais de serem percebidas como integrantes de um documento político, como mera convocação à atuação do Legislativo e Executivo, e passando a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata, por juízes e tribunais, convertendo-se os direitos constitucionais, em geral, e os direitos sociais, em particular, em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica[9].

Não se pode esquecer, também, da influência que os estudos de Ronald Dworkin[10] e Robert Alexy[11], a respeito dos princípios, tiveram no Brasil, ao final da década de 80 e ao longo dos anos 90 do século passado, desenvolvendo o pensamento jurídico a respeito de atribuição de normatividade aos princípios e o reconhecimento da distinção qualitativa entre regras e princípios.

Contudo, hoje, como já fato notório, o excesso de demandas envolvendo o direito a saúde vem pondo em risco a própria existência do Sistema Único de

---

[9] BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.,* p. 3.
[10] DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
[11] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

Saúde- SUS, que adota por princípios a universalidade (art. 196, *caput*, da CRFB/88) e a integralidade (art. 198, II, da CRFB/88). Pelo princípio da universalidade, todos devem ter direito de acesso à saúde, independente de contribuírem para o sistema ou não, sendo decorrência, como acima já afirmado, do movimento denominado de “Reforma Sanitária”, em contraposição à antiga política denominada de “Hospitalocêntrica”, que garantia proteção somente àqueles que contribuíam para o sistema.

Por sua vez, quanto ao princípio da integralidade, as discussões existentes quanto ao seu alcance e a inexistência de uma delimitação segura durante anos vieram propiciar, não só uma exploração econômica desse vácuo, o que influenciou à crescente judicialização, como divergências jurisprudenciais.

3 Da crítica ao conceito de bem-estar para definir o critério de integralidade:

Ao lidarmos com o direito à saúde, não podemos deixar de desconsiderar a grande carga psicológica que tem o tema, uma vez que o grande dilema do homem sempre foi o medo da morte. Como canta Gilberto Gil, em sua música “Não tenho medo da morte”, *“não tenho medo da morte, mas sim medo de morrer...é que a morte já é depois que eu deixar de respirar, morrer ainda é aqui, na vida, no sol, no ar”.*

Assim, a noção de bem-estar, quando lidamos com esse direito fundamental, sempre vem alargada pela tentativa do homem em superar esse grande trauma, que se revela inevitável.

O art. 193, da Disposição Geral (Capítulo I) do Título VIII- “Da Ordem Social” da nossa Constituição, onde também se encontra o Capítulo que cuida da Saúde (Cap. II – Seguridade Social, Seção II- Da Saúde), vem estabelecer que a ordem social possui, como base, o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Contudo, como ressaltado por Ronald Dworkin, em “A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade”[12], tomar por base a ideia de bem-estar social como norte a ser alcançado pelas políticas sociais revela uma atitude inconsistente, diante da fluidez do conceito de “bem-estar”. O que seria “bem-estar” para um playboy não seria um “bem-estar” para um poeta.

Para muitos, no campo do direito sanitário, a sensação de bem-estar estaria atrelada à própria ideia de imortalidade. Assim, seria razoável deixar, em troca dessa busca da imortalidade para um grupo, que tenha acesso ao Judiciário, outra parcela da população, quiçá a maior, sem acesso básico a medicamentos e tratamentos, geralmente desfavorecida e hipossuficiente?

Dworkin, nessa sua obra, vem ressaltar que, diante do desequilíbrio que essa busca levaria, e visando à concretização da justiça distributiva de Aristóteles, deveria o Estado se preocupar em garantir a igualdade de consideração entre os cidadãos, ao cuidar de direitos sociais.

Especialmente quanto ao direito à saúde, porém, vem abordá-lo pelo prisma da realidade dos Estados Unidos, cujo sistema tem por base o seguro-saúde, não possuído por uma parcela considerável da população. Assim, Dworkin vem defender um sistema no qual todos tenham direito ao que o seguro hipotético recomendaria, estando as pessoas livres para adquirir mais serviços de saúde no setor privado.

Ao ser questionado em entrevista, publicada pelo Centro Brasileiro de Análise e Planejamento- CEBRAP[13], a respeito da realidade de que pode parecer a muitas outras pessoas que outros sistemas seriam mais igualitários do que o proposto por Dwokin, como, por exemplo, o Serviço Nacional de Saúde britânico (*National Health Server, NHS)*, e outros, na Europa, nos quais o Estado garante um pacote generoso de serviços à população (acima que a

---

[12] DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
[13] DWORKIN, Ronald. Igualdade como ideal. Novos estud. - CEBRAP, São Paulo, n. 77, Mar. 2007 . Disponível <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002007000100012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 25 de Junho 2012. http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002007000100012.

proposta de seguro hipotético faria), e o sistema privado seria marginal (garantindo basicamente acesso mais rápido), veio responder que o NHS britânico ficaria muito aquém do que o modelo de seguro justificaria, entendendo estar gravemente subfinanciado. Pois, ao permitir que pessoas gastem os seus excedentes como queiram, algumas em mais seguro-saúde, tratamentos experimentais caros poderiam ser testados no setor privado, por exemplo, tornando-se mais baratos mediante economia de escala, de modo a poderem ser introduzidos no sistema geral.

Nesse sentido, as questões que se impõe são: a integralidade abrangeria qualquer tipo de tratamento, ou medicamento, ainda que experimentais? Deve o acesso a medicamentos ser ilimitado, mesmo que sejam experimentais, sem registro no Brasil, sem comprovação científica de eficácia e eficiência, ou de ser um acesso tecnicamente parametrizado?

4 Da definição do que seria o princípio da integralidade:

Atentando-se a isso, foi estabelecida, no âmbito do SUS, a Política Nacional de Assistência Farmacêutica, aprovada pelo Conselho Nacional de Saúde, em 2004, e publicada por meio da Resolução nº 338, de 06 de maio de 2004, contemplando três grandes eixos estratégicos, já previstos na Política Nacional de Medicamentos (Portaria nº 3916, de 30 de outubro de 1998), quais sejam: (1) garantia da segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos; (2) promoção do seu uso racional; (3) o acesso da população aos medicamentos considerados essenciais, previstos na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais- RENAME.

A política nacional de distribuição de medicamentos do SUS tem por base adotar um elenco padronizado de fornecimento de fármacos, com a finalidade de garantir a oferta regular de medicamentos aos usuários, sendo que a seleção ou definição de elencos ocorre tendo em vista que o mercado farmacêutico oferece muitos medicamentos com as mesmas substâncias ativas e com idênticas propriedades terapêuticas.

Nesse sentido, o Sistema Único de Saúde deveria promover uma seleção de medicamentos disponíveis no mercado, empregando critérios aceitos cientificamente. O objetivo principal para essa seleção seria o fornecimento de medicamentos seguros, eficazes e que possam ser garantidos pelo Estado, indiscriminadamente para todo o cidadão/usuário do Sistema de saúde que dele necessite.

De acordo com a Organização Mundial de Saúde- OMS (Nairobi, Quênia, 1985), há uso racional quando pacientes recebem medicamentos apropriados para suas condições clínicas, em doses adequadas às suas necessidades individuais, por um período adequado e ao menor custo para si e para a comunidade.[14]

Em maio de 2007, os Estados Membros da OMS, participando da Assembleia Mundial de Saúde, com o apoio do Brasil, adotaram a Resolução 60.16 sobre o Progresso no Uso Racional do Medicamento, que solicita a todos os países do mundo a renovação de seu compromisso em favor do "Uso Racional do Medicamento", inspirado nos princípios da Medicina Baseada em Evidências- MBE[15], na ética profissional da atenção à saúde, e na objetividade e transparência nos processos institucionais orientados na padronização do acesso e do Uso Racional de Medicamentos.

---

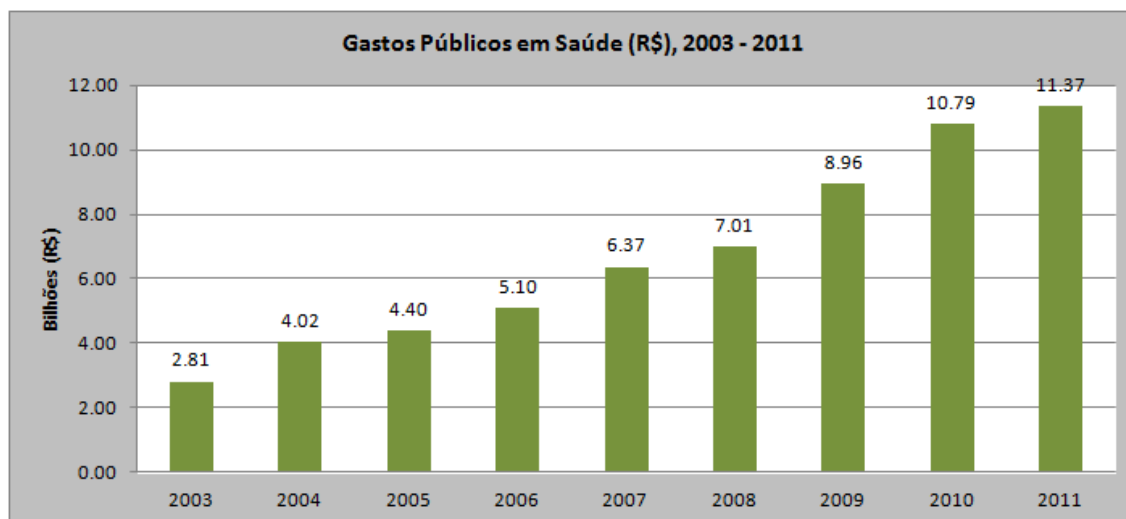
[14] *"O objetivo da OMS na área de medicamentos é contribuir para salvar vidas e promover a saúde, assegurando a qualidade, segurança e o uso racional dos medicamentos, incluindo medicamentos tradicionais e promovendo o acesso equitativo e sustentável a medicamentos essenciais, principalmente àqueles para os pobres e necessitados"* (WHO, 2004, p. 4).

[15] A medicina baseada em evidências (MBE) é um movimento médico que se baseia na aplicação do método científico a toda a prática médica, especialmente àquelas tradicionalmente estabelecidas que ainda não foram submetidas à avaliação sistemática e científica. Evidências significam, aqui, provas científicas.
Esse movimento médico contrapõe-se à chamada Medicina Baseada na Autoridade (caracterizada pela exclusiva opinião do especialista), propondo um saber científico seguro e democrático e propiciando uma prática médica de excelência.
Atualmente, a MBE é utilizada pela Organização Mundial da Saúde - OMS como forma de análise do conhecimento científico médico de todo o mundo, sendo também utilizada por instituições de grande relevância científica no seio da medicina, como as grandes universidades e as instituições de grande formação de opinião, como o National Health Service - NHS da Grã-Bretanha (Sistema de Saúde Britânico). Também se utiliza da MBE o Sistema Único de Saúde – SUS brasileiro, como forma de avaliar as tecnologias médicas que serão disponibilizadas aos usuários do SUS..

Assim, o Uso Racional de Medicamentos implicaria na seleção de medicamentos baseada na eficácia e/ou efetividade, segurança e custo, com ênfase na lista de medicamentos essenciais e sob uma visão crítica do arsenal terapêutico disponível, em práticas de boa prescrição e na apropriada assistência farmacêutica.

Contudo, a falta de definição do que seria o princípio da integralidade, ou mesmo eventual mora da Administração Pública na atualização da lista de medicamentos, causava a incerteza do que deveria ser fornecido, conforme dever constitucional, ao cidadão.

Ademais, para tornar a discussão ainda mais relevante, demonstrando preocupações maiores que não seriam apenas as referentes às limitações orçamentárias, deve-se ter em mente que o medicamento, apesar de importante insumo no processo de atenção à saúde, pode constituir-se em fator de risco quando utilizado de maneira inadequada.

Também, não podem ser esquecidos os interesses econômicos que restam envolvidos na área da saúde, que, como qualquer indústria, busca a rentabilidade. São dados do Ministério da Saúde:

Fonte: Análise DECIIS/SCTIE/MS, dados SCTIE/MS, SVS/MS e SAS/MS.

De importância o fato de que, recentemente, buscando definir o conceito de integralidade, houve a publicação da Lei nº 12.401/2011, que alterou a Lei nº 8.080/1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de

tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde- SUS, vindo estabelecer, nos artigos 19-M e 19-P, que:

> Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea d do inciso I do art. 6o consiste em:
> I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico[16] para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P;
> II - oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde - SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.
>
> Art. 19-P. Na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada:
> I - com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas nesta Lei, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite;
> II - no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite;
> III - no âmbito de cada Município, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada no Conselho Municipal de Saúde.

---

[16] "*Art. 19-N. Para os efeitos do disposto no art. 19-M, são adotadas as seguintes definições:*
(...)
II - protocolo clínico e diretriz terapêutica: documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS."
"*Art. 19-O. Os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas deverão estabelecer os medicamentos ou produtos necessários nas diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que tratam, bem como aqueles indicados em casos de perda de eficácia e de surgimento de intolerância ou reação adversa relevante, provocadas pelo medicamento, produto ou procedimento de primeira escolha.*
Parágrafo único. Em qualquer caso, os medicamentos ou produtos de que trata o caput deste artigo serão aqueles avaliados quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que trata o protocolo".

Assim, para a nova legislação, será considerado atendido o princípio da integralidade quando previsto o medicamento em protocolo clínico ou diretriz terapêutica, ou mesmo, em sua falta, com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, ou mesmo, de forma suplementar, com base nas listas de medicamentos dos gestores estaduais ou municipais do SUS.

Contudo, buscando coibir que os protocolos, diretrizes e listas não contemplem a melhor tecnologia e uso racional dos medicamentos, visando conferir eficácia à norma prevista pelo art. 196 da Constituição, vem estabelecer o art. 19-P da Lei nº 8.080/90, com a alteração produzida pela nova legislação, que a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias (CONITEC), regulamentada por meio do Decreto nº 7.646, de 21 de dezembro de 2011, levará em conta, necessariamente: (I) as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso; (II) bem como a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível [17].

Também, visando reprimir a omissão e defasagem dos protocolos, diretrizes e listas, passa a existir um prazo fixado para a análise pela

---

[17] *“Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.*
§ 1o A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, cuja composição e regimento são definidos em regulamento, contará com a participação de 1 (um) representante indicado pelo Conselho Nacional de Saúde e de 1 (um) representante, especialista na área, indicado pelo Conselho Federal de Medicina.
§ 2o O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente:
I - as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso;
II - a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.”

Comissão, nos termos do art. 19-R, 180 (cento e oitenta) dias, contados da data em que foi protocolado o pedido pelo interessado da incorporação, exclusão e alteração de listas e protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas (§1º, inciso I), com a instauração de processo administrativo, admitida a prorrogação por 90 (noventa) dias corridos, quando as circunstâncias exigirem.

Assim, a Lei 12.401/2011 vem estabelecer o que seria o princípio da integralidade, restringindo o seu alcance ao previsto em listas, protocolos e diretrizes terapêuticas no âmbito do SUS, estabelecendo um prazo a partir do qual estaria em mora a Administração Pública na análise, por meio da CONITEC, órgão plural, permitindo o requerimento por qualquer interessado, bem como a realização de consultas e audiências públicas, estabelecendo a participação da sociedade civil como meio de garantir mais transparência nos processos de incorporação de novas tecnologias, produtos e serviços na rede pública de saúde (art. 19-R, §1º, III, IV, inseridos na Lei 8.080/90)[18].

Diz-se que a CONITEC vem ser um órgão plural pois coordenada pelo Ministério da Saúde e formada por representantes não só do próprio Ministério, mas da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), além de um integrante indicado pelo Conselho Nacional de Saúde e um pelo Conselho Federal de Medicina, na busca do diálogo para uma maior aproximação com o conceito de verdade.

---

[18] *Art. 19-R. A incorporação, a exclusão e a alteração a que se refere o art. 19-Q serão efetuadas mediante a instauração de processo administrativo, a ser concluído em prazo não superior a 180 (cento e oitenta) dias, contado da data em que foi protocolado o pedido, admitida a sua prorrogação por 90 (noventa) dias corridos, quando as circunstâncias exigirem.*
§ 1o O processo de que trata o caput deste artigo observará, no que couber, o disposto na Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e as seguintes determinações especiais:
I - apresentação pelo interessado dos documentos e, se cabível, das amostras de produtos, na forma do regulamento, com informações necessárias para o atendimento do disposto no § 2o do art. 19-Q;
II - (VETADO);
III - realização de consulta pública que inclua a divulgação do parecer emitido pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS;
IV - realização de audiência pública, antes da tomada de decisão, se a relevância da matéria justificar o evento.
§ 2o (VETADO).”

Entretanto, em razão da exiguidade do tempo transcorrido a partir de sua publicação, ainda não se sabe como a jurisprudência pátria vai reagir à novel legislação, não podendo se ignorar ser uma tentativa clara do legislador em definir os contornos do princípio da integralidade.

5 Da natureza híbrida do direito à saúde:

Em ações pleiteando o fornecimento de medicamentos, próteses ou serviços no âmbito do SUS, impõe-se a construção de um raciocínio, a partir de resposta a determinados questionamentos e construção de premissas, diante da natureza híbrida que o direito à saúde possui.

Há situações em que os direitos tuteláveis se apresentam como transindividuais ou como individuais homogêneos, ou ainda em forma cumulada de ambos, tudo a depender das circunstâncias de fato, nem sempre se manifestando os conceitos de modo claro no plano da realidade. Nesse sentido, os ensinamentos do Ministro Teori Albino Zavascki, em sua obra "Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos"[19], em que, dando por exemplo a tutela do meio ambiente e do consumidor, aponta que, enquanto não se verifica qualquer efeito lesivo, o direito tem configuração típica de transindividualidade; todavia, violado o preceito, poderá existir dano patrimonial correspondente no patrimônio de pessoas determinadas, ensejando tutela reparatória em favor dos lesados, cujos direitos, divisíveis e indivizualizáveis, assumem aí configuração típica de direitos individuais homogêneos.

Conclui o Ministro e jurista que a existência de situações desse jaez, que fogem dos padrões conceituais rígidos, de modo algum infirma as distinções antes empreendidas, nem desautoriza o esforço metodológico que se deve desenvolver no trato doutrinário da matéria. E, quando as peculiaridades do fato concreto não podem ser subsumidas direta e imediatamente aos gêneros normativos existentes e nem submetidas aos padrões conceituais

---

[19] ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 47e 48.

preestabelecidos, cumprirá ao aplicador da lei a tarefa de promover a devida adequação, especialmente nos planos dos procedimentos, a fim de viabilizar a tutela jurisdicional mais apropriada para o caso.

O direito à saúde pode ser encarado sob esse prisma, com enfoque tanto subjetivo como transindividual. O primeiro enfoque é de fácil percepção, uma vez que cada um tem assegurado, inclusive constitucionalmente, pelo ordenamento, o direito de ser beneficiado por políticas públicas que visem à proteção de sua saúde. O segundo enfoque, por vezes esquecido, apesar de expressamente previsto pela Constituição, é o de que o Sistema Único de Saúde deve ter um alcance universal, ou seja, deve assegurar a todos que dele possam precisar uma igualdade de tratamento, o que implica não haver privilégio de um em detrimento de todos.

Roger Raupp Rios, em artigo publicado na Revista de Doutrina 4ª Região, "Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos"[20], vem catalogar o direito à saúde conforme o seguinte quadro, objetivando conjugar as dimensões do direito (objetiva e subjetiva), suas eficácias (originária e derivada) e a sua titularidade (individual e coletiva): o direito à saúde possuiria dimensão objetiva e subjetiva, tendo a última titularidade individual e transindividual. Posiciona-se, assim, no sentido de que esse panorama reafirmaria a dupla condição do direito à saúde como direito individual e direito coletivo, tendo esta constatação especial relevância em face de demandas objetivando o direito ao fornecimento do medicamento pelo SUS.

Também, ressaltando a natureza coletiva do direito, Luís Roberto Barroso, em artigo já citado, vem lembrar que os excessos e inconsistências das ações judiciais põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. Vem sustentar que o

---

[20] RIOS, Roger Raupp. Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Porto Alegre, n. 48.

casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Por fim, exercendo juízo crítico, aduz que[21]:

> em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo.

Ao se cuidar das ações judiciais de saúde, a primeira pergunta que importa a ser feita é – existe política estatal que abranja a prestação pleiteada?

Em sendo a reposta sim, então o direito subjetivo à saúde seria evidente, não afetando a decisão a sua dimensão transindividual.

Entretanto, sendo a resposta negativa, cuida-se de ação que possivelmente afetará as escolhas feitas pela política pública vigente, com potencialidade de provocação de efeitos no direito transindividual.

6 Das hipóteses em que o direito à saúde se encontra afetado na sua transindividualidade:

Nessa última situação, aconselhável o uso de balizamentos estabelecidos, pelo Supremo Tribunal Federal, nos julgamentos das Suspensões de Tutela Antecipada números 175, 178 e 224. Assim, deve-se questionar se a inexistência de política decorreria de: a) omissão legal ou administrativa; b) decisão de não fornecer a prestação pleiteada; c) vedação legal.

Isso porque, se o SUS não tem tratamento específico para determinada patologia, podem estar ocorrendo duas situações: (i) tratamento puramente experimentais; (ii) novos tratamentos ainda não incorporados pelo SUS, sendo, nesse caso, imprescindível a ampla produção de provas.

Haveria vedação legal em caso de medicamentos não registrados na ANVISA, nos termos do que dispõe o art. 200, inciso I, da Constituição[22]; arts.

---

[21] BARROSO. Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 4.

1º, 2º, 10, 12, 76 e 77 da Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976[23]; art. 6º, inciso I, "a", e inciso VI, da Lei nº 8.080/1990[24]; arts. 7º e 8º, §1º, inciso I,e §5º, da Lei 9.782, de 26 de janeiro de 1999[25]; e, por fim, para espancar qualquer

---

[22] *"Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:*
I- controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos."

[23] *"Art. 1º - Ficam sujeitos às normas de vigilância sanitária instituídas por esta Lei os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, definidos na Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973, bem como os produtos de higiene, os cosméticos, perfumes, saneantes domissanitários, produtos destinados à correção estética e outros adiante definidos.*
Art. 2º - Somente poderão extrair, produzir, fabricar, transformar, sintetizar, purificar, fracionar, embalar, reembalar, importar, exportar, armazenar ou expedir os produtos de que trata o Art. 1º as empresas para tal fim autorizadas pelo Ministério da Saúde e cujos estabelecimentos hajam sido licenciados pelo órgão sanitário das Unidades Federativas em que se localizem.
(...)
Art. 10 - É vedada a importação de medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos e demais produtos de que trata esta Lei, para fins industriais e comerciais, sem prévia e expressa manifestação favorável do Ministério da Saúde.
Parágrafo único. Compreendem-se nas exigências deste artigo as aquisições ou doações que envolvam pessoas de direito público e privado, cuja quantidade e qualidade possam comprometer a execução de programas nacionais de saúde.
(...)
Art. 12 - Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde.
(...)
Art. 76. Nenhuma matéria-prima ou nenhum produto semi-elaborado poderá ser empregado na fabricação de medicamento sem que haja sido verificado possuir qualidade aceitável, segundo provas que serão objeto de normas do Ministério da Saúde.

Art. 77. A inspeção da produção de medicamentos terá em vista, prioritariamente, os seguintes aspectos:
I – a fabricação, tendo em conta os fatores intrínsecos e extrínsecos desfavoráveis, inclusive a possibilidade de contaminação das matérias-primas, dos produtos semi-elaborados e do produto acabado;
II – o produto acabado, a fim de verificar o atendimento dos requisitos pertinentes aos responsáveis técnicos pela fabricação e inspeção dos produtos, aos locais e equipamentos, ao saneamento do meio, às matérias-primas e aos sistemas de inspeção e auto-inspeção e registro de medicamentos."

[24] *"Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):*
I- a execução de ações:
a) de vigilância sanitária;
(...)
VII- o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde;"

[25] *"Art. 7º*
(...)
IX - conceder registros de produtos, segundo as normas de sua área de atuação;
(...)
XV - proibir a fabricação, a importação, o armazenamento, a distribuição e a comercialização de produtos e insumos, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde;

dúvida a respeito da vedação legal, o art. 19-T, da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, introduzido pela Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011[26]. Também, a Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, do Conselho Nacional de Justiça- CNJ, sobre o tema, onde sintetiza as conclusões do Supremo Tribunal Federal e recomenda aos Tribunais que evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados na ANVISA[27].

De maneira sintética, o registro de um medicamento na ANVISA tem por objetivos: analisar a sua segurança; analisar a sua eficácia; analisar a sua qualidade; analisar e monitorar o seu preço. Entende-se por medicamentos

---

(...)
XVIII - estabelecer, coordenar e monitorar os sistemas de vigilância toxicológica e farmacológica;
XIX - promover a revisão e atualização periódica da farmacopéia;
XX - manter sistema de informação contínuo e permanente para integrar suas atividades com as demais ações de saúde, com prioridade às ações de vigilância epidemiológica e assistência ambulatorial e hospitalar;
XXI - monitorar e auditar os órgãos e entidades estaduais, distrital e municipais que integram o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, incluindo-se os laboratórios oficiais de controle de qualidade em saúde;
XXII - coordenar e executar o controle da qualidade de bens e produtos relacionados no art. 8º desta Lei, por meio de análises previstas na legislação sanitária, ou de programas especiais de monitoramento da qualidade em saúde;
(...)
Art. 8º Incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública.
§ 1º Consideram-se bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência:
I - medicamentos de uso humano, suas substâncias ativas e demais insumos, processos e tecnologias;
(...)
§ 5º A Agência poderá dispensar de registro os imunobiológicos, inseticidas, medicamentos e outros insumos estratégicos quando adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso em programas de saúde pública pelo Ministério da Saúde e suas entidades vinculadas. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 2001).”

[26] *“Art. 19-T- São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS:*
(...)
III- a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa.”

[27] Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, do Conselho Nacional de Justiça- CNJ:
“CONSIDERANDO que os medicamentos e tratamentos utilizados no Brasil dependem de prévia aprovação pela ANVISA, na forma do art. 12 da Lei 6.360/76 c/c Lei 9.782/99, as quais objetivam garantir a saúde dos usuários contra práticas com resultados ainda não comprovados ou mesmo contra aquelas que possam ser prejudiciais aos pacientes:
RESOLVE:
I. Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que:
(...)
b.2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei;”

seguros aqueles cujos efeitos terapêuticos advindos de sua utilização superam os efeitos colaterais, isto é, o medicamento traz mais benefícios do que malefícios. Medicamento eficaz é aquele que, em um ambiente ideal, comprova atuar sobre a enfermidade que se propõe tratar, isto é, o medicamento comprova, em ambiente de laboratório (ideal), que realmente atua sobre a doença. Por sua vez, medicamento de qualidade é aquele que comprova obedecer as regras das Boas Práticas de Fabricação (BPF) expedidas pela ANVISA, consistente em um conjunto de exigências necessárias à fabricação e controle de qualidades de produtos farmacêuticos a fim de que o resultado seja a produção de lotes iguais de medicamentos, o controle de qualidade dos insumos, a validação dos processos de fabricação, instalações e equipamentos adequados e treinamento de pessoal.

Conforme já mencionado, além da vedação legal, a inexistência de política no âmbito do SUS pode decorrer de omissão legal ou administrativa ou de decisão de não fornecer a prestação pleiteada.

Tal quadro se deve ao fato de que a aprovação do medicamento pela ANVISA não implica em sua imediata incorporação no SUS. Para ser incorporado no âmbito do Sistema Único de Saúde, o medicamento deverá comprovar, além da sua segurança, eficácia e qualidade, outros requisitos mínimos, quais sejam, a efetividade e o custo-efetividade, o que é verificado em ambiente real, isto é, após o uso pela população em geral. A efetividade vem ser a análise dos resultados efetivamente obtidos com a utilização de determinado insumo em ambiente real. O custo-efetividade é o estudo que busca analisar se houve ganho de saúde adicional com a utilização do insumo, ou seja, no caso de assistência farmacêutica do SUS, se o medicamento que pretende utilizar traz maiores benefícios do que aqueles já disponíveis no sistema, e, em caso afirmativo, se o benefício advindo justificaria o gasto financeiro a ser realizado.

Ocorreria omissão legal ou administrativa quando, apesar de existência, no medicamento, dos requisitos de efetividade e custo-efetividade, além dos de segurança, eficácia e qualidade, deixa a Administração de incorporar o

fármaco por falta de análise. Também, conforme já mencionado, a nova Lei 12.401/2011, ao introduzir a norma prevista pelo art. 19-R na Lei nº 8.080/90, busca estabelecer um critério objetivo para a caracterização da mora, uma vez que o processo administrativo deverá ser concluído em prazo superior a 180 (cento e oitenta) dias, contado da data em que foi protocolado o pedido, pelo interessado, admitida a prorrogação por 90 (noventa) dias corridos, quando as circunstâncias exigirem.

Por fim, pode a administração ter concluído pela inexistência dos requisitos para a incorporação do medicamento no âmbito do Sistema Único de Saúde, pela inexistência dos requisitos de efetividade e custo-efetividade, o que faz agora pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias- CONITEC, formada por especialistas indicados por diferentes órgãos, tendo por norte os critérios estabelecidos pela Medicina Baseada em Evidência- MBE.

7 Do processo de incorporação de tecnologia:

A incorporação de tecnologias em saúde ao SUS, pela nova legislação, resulta de processo administrativo que passa por 3 (três) fases principais.

A primeira delas é a análise técnica adequada, realizada atualmente pelo Plenário da CONITEC, quanto às evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, bem como a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível (art. 19-Q, § 2º, da Lei n. 8.080/90).[28]

---

[28]Decreto 7.646/2011:
"Art. 4º À CONITEC compete:
I - emitir relatório sobre:
a) a incorporação, exclusão ou alteração pelo SUS de tecnologias em saúde; e
b) a constituição ou alteração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas; e
II - propor a atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME nos termos do art. 25 do Decreto no 7.508, de 28 de junho de 2011.

Por sua vez, são diretrizes da CONITEC, nos termos do art. 3º do Decreto 7.646/2011, a universalidade e a integralidade das ações de saúde no âmbito do SUS com base no melhor conhecimento técnico-científico disponível (inciso I); a proteção do cidadão nas ações de assistência, prevenção e promoção à saúde por meio de processo seguro de incorporação de tecnologias pelo SUS (inciso II); a incorporação de tecnologias por critérios racionais e parâmetros de eficácia, eficiência e efetividade adequados às necessidades de saúde (inciso III); a incorporação de tecnologias que sejam relevantes para o cidadão e para o sistema de saúde, baseadas na relação custo-efetividade (inciso IV).

Uma vez emitido parecer conclusivo pelo Plenário da CONITEC, dá-se início à segunda fase do procedimento, qual seja, a submissão do referido parecer à consulta pública pelo prazo de 20 (vinte) dias, conforme art. 19 do Decreto n. 7.646/2011.

As contribuições e críticas resultantes da consulta pública serão analisadas pelo Plenário da CONITEC e, emitido relatório, o processo

---

Parágrafo único. Para o cumprimento de suas competências a CONITEC poderá:
I - solicitar às unidades do Ministério da Saúde:
a) a elaboração de proposta de constituição ou de alteração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas de interesse para o SUS;
b) a realização de avaliação das solicitações de incorporação, alteração ou exclusão de tecnologias no âmbito do SUS; e
c) estudos de impacto orçamentário no SUS em virtude da incorporação, exclusão ou alteração de tecnologias em saúde pelo SUS;
II - solicitar à Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde:
a) a realização e contratação de pesquisas e estudos;
b) a celebração de acordos de cooperação técnica com entidades públicas e privadas e hospitais de ensino para a realização de estudos de avaliação de tecnologias em saúde; e
c) a celebração de acordos de cooperação técnica com órgãos e entidades públicas estrangeiras com atribuições afins;
III - solicitar às unidades do Ministério da Saúde e às entidades a ele vinculadas informações relativas ao monitoramento de tecnologias em saúde;
IV - solicitar informações à Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA relativas ao registro, indicações, características, monitoramento de mercado e vigilância pós-comercialização de tecnologias em saúde, além de outras informações necessárias;
V - solicitar informações à Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED, criada pela Lei no 10.742, de 6 de outubro de 2003;
VI - disponibilizar informações a órgãos e entidades públicas para gestão de tecnologias em saúde, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em Lei;
VII - organizar repositório de informações sobre tecnologias em saúde; e
VIII - constituir subcomissões técnicas no âmbito da CONITEC.”

administrativo será submetido ao Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde para decisão (arts. 20 e 21 do Decreto n. 7.646/2011).

Querendo, o Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde, antes de decidir, poderá solicitar realização de audiência pública, conforme a relevância da matéria, e, quando se tratar de elaboração ou alteração de protocolo clínico ou diretriz terapêutica, deverá submetê-lo à manifestação do titular da Secretaria responsável pelo programa ou ação, conforme a matéria (arts. 21, 22 e 24 Decreto n. 7.646/2011).

A decisão quanto à incorporação compete ao Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde, sendo essa a terceira fase do processo.

A partir da publicação da decisão do Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde no Diário Oficial da União (art. 23 do Decreto n. 7.646/2011), começa-se a contar o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para efetivar-se a disponibilização da tecnologia incorporada pelo SUS (art. 25 do Decreto n. 7.646/2011).

Por fim, da decisão final, cabe recurso sem efeito suspensivo, no prazo de 10 (dez) dias, ao Ministro de Estado da Saúde, que poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida (arts. 26 e 27 do Decreto n. 7.646/2011).

O Ministro de Estado da Saúde também poderá determinar a incorporação ou alteração pelo SUS de tecnologias em saúde, em caso de relevante interesse público, mediante processo administrativo simplificado (art. 29 do Decreto n. 7.646/2011).

Verifica-se que, com a finalidade de aproximação da verdade, busca-se realizar uma dialética entre os grupos de diversos interesses visando à produção de uma maior adequação técnica de incorporação da tecnologia no Sistema Único de Saúde.

8 Da análise das ações judiciais e adequação do rito:

Temos, que, nas duas últimas hipóteses, que contemplam a inexistência de previsão de medicamentos nas políticas públicas estabelecidas, por diversos motivos, necessariamente estará em jogo o interesse transindividual da sociedade, quando de qualquer inovação na política pública que se pretenda fazer, inclusive na ação individual, decorrente do privilégio a um indivíduo em detrimento do estabelecido genericamente para o corpo social.

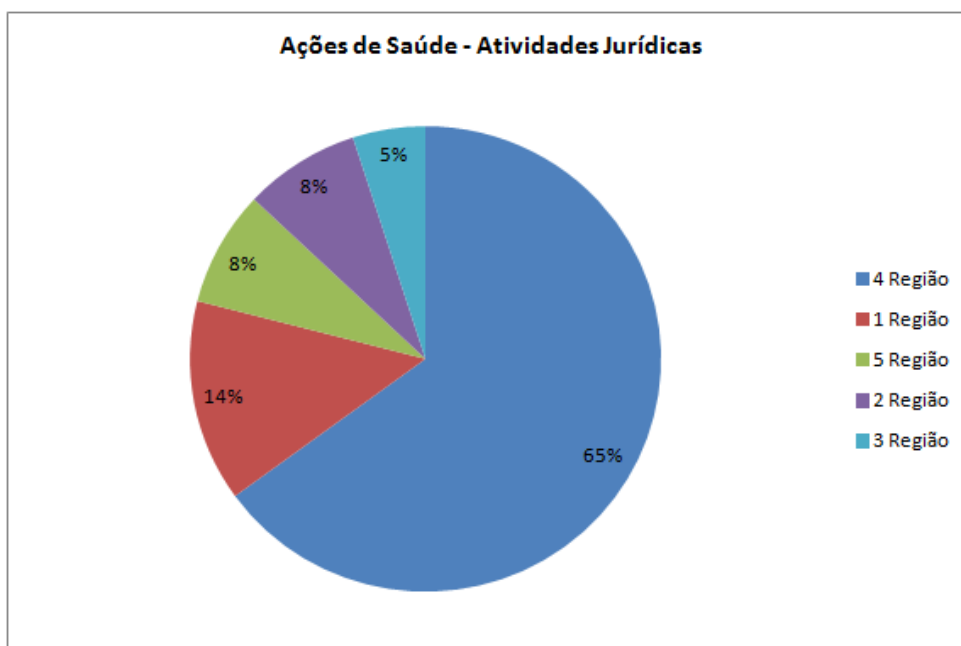
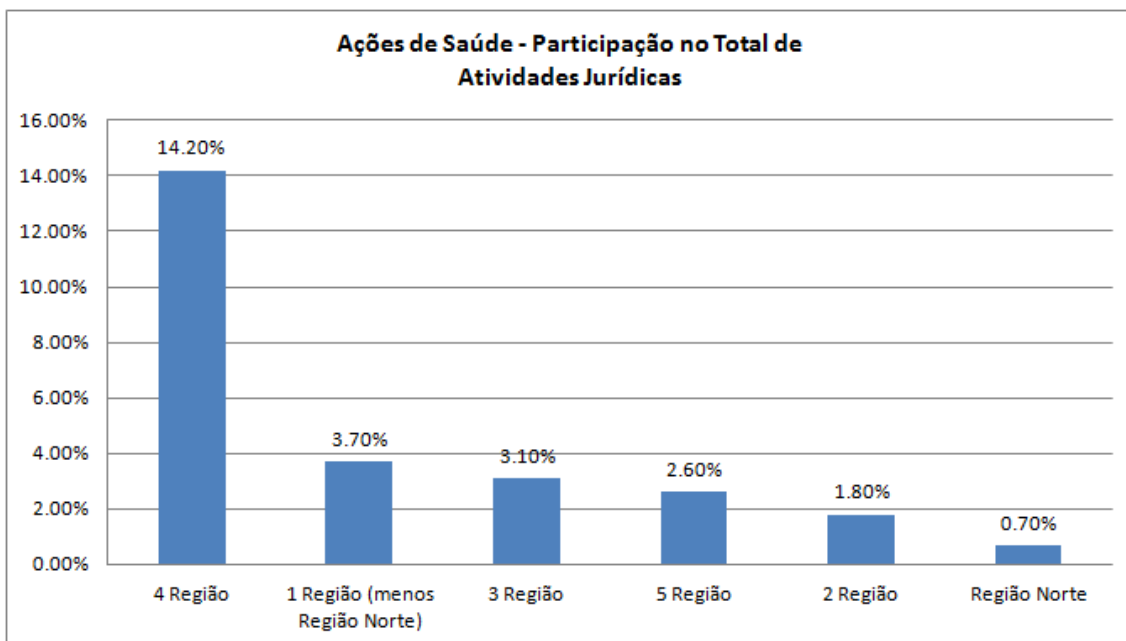
Já existem juristas nacionais defendendo que as ações individuais somente deveriam ser julgadas procedentes quando o objeto da ação se relacionasse a prestações já contempladas nas políticas públicas estabelecidas pelos poderes constituídos por um regime democrático de eleição, Legislativo e Executivo, aos quais compete a elaboração de leis, a alocação de recursos e a formulação e execução de políticas públicas. É o caso de Luis Roberto Barroso, em artigo já citado no texto[29].

Uma vez não contemplado o que se pede, qualquer decisão concessiva poderia vir afetar o direito de todos, diante de uma nova alocação de recursos feita pelo Judiciário, cujos membros são escolhidos, em regra, por critérios técnicos e não eletivos.

Dados estatísticos comprovam, porém, que o ajuizamento de ações individuais, cujo objeto envolve o direito à saúde, vem aumentando a má distribuição das riquezas, uma vez que a população mais hipossuficiente tem menos condições de acesso à justiça, quebrando a isonomia no atendimento dos cidadãos.

Dados da Advocacia-Geral da União, de 2011, demonstram que regiões com maiores índices de pobreza demandam menos no âmbito do direito à saúde que regiões mais abastadas, figurando a União no polo passivo da ação. Nesse sentido, os gráficos:

---

[29] BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.,* p. 30.

Assim, ainda que seja do Judiciário o papel de contraponto aos órgãos democráticos (representantes da maioria), no sentido da defesa das minorias, importa questionar se o alocamento de recursos feito pelo juízo em privilégio do autor da ação viria favorecer uma minoria, entendendo-se essa como grupo de

menor força de representação na sociedade[30], diante do que próprio comprovam os gráficos.

Contudo, apesar de defender a impossibilidade de discussão no âmbito da ação individual, Luis Roberto Barroso vem se manifestar no sentido de que a alteração e inclusão em listas pode ser objeto de discussão no âmbito de ações coletivas. Aduz o jurista[31]:

> Assim, a impossibilidade de decisões judiciais que defiram a litigantes individuais a concessão de medicamentos não constantes das listas não impede que as próprias listas sejam discutidas judicialmente. O Judiciário poderá vir a rever a lista elaborada por determinado ente federativo para, verificando grave desvio na avaliação dos Poderes Públicos, determinar a inclusão de determinado medicamento. O que se propõe, entretanto, é que essa revisão seja feita apenas no âmbito de ações coletivas (para defesa de direitos difusos ou coletivos e cuja decisão produz efeitos *erga omnes* no limite territorial da jurisdição de seu prolator) ou mesmo por meio de ações abstratas de controle de constitucionalidade, nas quais se venha a discutir a validade de alocações orçamentárias.

Aponta por fundamentos, em primeiro lugar, que a discussão coletiva ou abstrata exigirá naturalmente um exame do contexto geral das políticas públicas objeto da análise, tendo-se uma ideia mais realista de quais as dimensões da necessidade e qual a quantidade de recursos disponível como um todo. Em segundo lugar, que, preocupado com a solução dos casos concretos, o que chama de micro-justiça, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macro-justiça. Em terceiro, a decisão eventualmente tomada no âmbito de uma ação coletiva ou de controle abstrato de constitucionalidade produzirá efeitos *erga omnes*, nos termos definidos pela legislação, preservando a igualdade e universalidade no

---

[30] DWORKIN, Ronald. O império do direito. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Afirma o autor que as pessoas não acreditam num dever geral de tratar todos os membros da comunidade com igual preocupação, mas que o governo, a comunidade personificada, possui esse dever, que ele denomina responsabilidade pública geral. O governo tem a responsabilidade abstrata de tratar o destino de cada cidadão com a mesma importância.

[31] BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, pp. 30 e 31.

atendimento da população, permitindo, inclusive, a decisão única que o Poder Público estruture os seus serviços de forma mais organizada e eficiente[32].

Nesse sentido, recente acórdão da Sétima Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, de relatoria do Desembargador Federal José Antônio Lisbôa Neiva, acolhendo esse entendimento, nos termos da seguinte ementa[33]:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO PADRONIZADO. TOCILIZUMABE. ALCANCE DO ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INVASÃO DO JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.
> 1. O art. 196 da CRFB dispõe que o direito à saúde deve ser "garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". Assim, o art. 196, em sua primeira parte estabelece um direito genérico à saúde, mas sua parte final traz alguns balizamentos. Primeiramente, a valorização da medicina preventiva e, em segundo lugar, o estabelecimento de políticas sociais e econômicas que possibilitem um acesso universal e igualitário. Diante dos princípios da reserva do possível e da isonomia, além das limitações orçamentárias, o Judiciário não pode privilegiar situações individuais em detrimento das políticas públicas que buscam o atendimento de toda a população de forma igualitária.
> 2. O único modo de conciliar a concretização do direito à saúde, de forma cada vez mais ampla, com os princípios da isonomia e da reserva do possível é a utilização de ações coletivas, especialmente pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública, requerendo-se a inclusão de medicamentos ainda não padronizados nas listas do Ministério e das Secretarias de Saúde, com ampla produção de provas e audiência de setores técnicos especializados.
> 3. Não deve o Poder Judiciário, em toda e qualquer demanda similar à presente, apenas embasado na solidariedade humana, interferir nas decisões administrativas que visam garantir atendimento médico mais eficiente e de maior alcance, sob pena de cometer injustiças ainda mais graves e de violação ao princípio da separação dos poderes previsto no artigo 2º da Constituição Federal.
> 4. Agravo de instrumento conhecido e provido.

---

32 BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit., pp*. 31 e 32.
33 BRASIL. TRF 2ªRegião. 0001935-63.2012.4.02.0000. Sétima Turma Especializada. Julgamento em 22 de maio de 2012. DJE. 12.06.2012.

Contudo, divergindo do entendimento acima, importa se apontar que a natureza híbrida do direito à saúde não retiraria do autor individual a legitimidade para o ajuizamento da ação, devendo-se observar, porém, como condicionantes, os mesmos estabelecidos para a ação coletiva, no que diz respeito ao interesse processual, como melhor será explicado abaixo.

Entretanto, nessa última hipótese, de ajuizamento da ação individual, quando se pleiteia a prestação de uma atitude positiva do Estado em caso de inexistência de política pública estabelecida, em razão dos reflexos nos direitos transindividuais, dever-se-ia haver a criação de mecanismos para a coletivização da ação, com a intimação dos órgãos legitimados para a proteção dos direitos difusos/coletivos, bem como, para a concretude do debate, de realização de audiências públicas, com a participação dos seguimentos sociais envolvidos.

Assim, diferente do defendido pelo jurista Luis Roberto Barroso, a posição aqui manifestada vem ser no sentido tanto da possibilidade de ajuizamento de ação coletiva quanto de individual, em razão da natureza híbrida do direito à saúde, contudo com necessidade de observância dos requisitos de condição da ação, notadamente, do interesse processual.

Ademais, em tendo sido a ação individual ajuizada, haver-se-ia a necessidade de adequação do rito processual, para contemplar também o interesse transindividual envolvido, inclusive porque a sentença somente produz efeitos *inter partes*.

Diante, porém, da nova legislação surgida em 2011, observações merecem ser feitas no que diz respeito à análise das condições da ação quando se pleiteia o fornecimento de um fármaco.

Isso porque, ainda que se entenda que a alteração e inclusão em listas pode ser objeto de discussão no âmbito de ações coletivas, haveria ausência da condição da ação de interesse processual em agir, caso os legitimados não tiverem, previamente, formulado pedido de incorporação de tecnologias no SUS, ou de elaboração/alteração de protocolos clínicos e diretrizes

terapêuticas, nos termos da Lei nº 12.401/2011 e Decreto n º 7.646/2011, conforme acima já mencionado.

Nos termos do art. 15 do Decreto, que dispõe sobre os requisitos mínimos para análise de um pedido de incorporação de tecnologias no SUS ou de elaboração/alteração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, o requerimento de instauração do processo administrativo deverá ser protocolado pelo interessado na Secretaria-Executiva da CONITEC, contendo formulário integralmente preenchido, de acordo com o modelo estabelecido pela CONITEC; número e validade do registro da tecnologia em saúde na ANVISA; evidência científica que demonstre que a tecnologia pautada é, no mínimo, tão eficaz e segura quanto aquelas disponíveis no SUS para determinada indicação; estudo de avaliação econômica comparando a tecnologia pautada com as tecnologias em saúde disponibilizadas no SUS; amostras de produtos, se cabível para o atendimento do disposto no § 2o do art. 19-Q, nos termos do regimento interno; e o preço fixado pela CMED, no caso de medicamentos.

O Decreto vem ser expresso quanto aos requisitos necessários para a pretendida incorporação de tecnologia, bem assim para alteração de Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas – PCDT, além de prever, como consequência ao não atendimento dos requisitos, o seu indeferimento sem apreciação do mérito.

Dessa forma, os legitimados extraordinários para proporem as ações coletivas, como qualquer parte interessada, deveriam apresentar os documentos necessários, bem como formular pedido na via administrativa, onde já existente todo um sistema público, formado por técnicos especializados, órgão de composição plural e audiência pública, até tomando em consideração o princípio da eficiência, em razão do gasto econômico na manutenção da máquina estatal.

Assim, somente haveria legitimidade para o ajuizamento da ação em caso de omissão, nos termos da norma prevista pelo art. 19-R na Lei nº 8.080/90, ou mesmo alguma ilegalidade, no processo administrativo, que possa justificar a intervenção estatal.

Em não tendo a lei estabelecido qualquer privilégio a qualquer interessado, quando da formulação do pedido administrativo, em razão da incorporação de tecnologia seguir critérios técnicos, necessária a apresentação de documentação voltada à demonstração de indício mínimo de segurança, eficácia, efetividade e custo-efetividade.

Não demonstrando o interesse de agir, o processo, ainda que coletivo, deve ser extinto sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do CPC.

9 A pluralização do debate como mecanismo para melhor resolução dos conflitos na sociedade:

Ao se permitir a pluralização de debate, tanto pela realização de audiências públicas como pelo chamamento dos legitimados para integrar a ação, buscar-se-ia que os discursos manifestados pelos atores sociais se encontrassem com a finalidade de alcance de um consenso social, sendo a pluralização do discurso método de exercício da democracia.

Nesse sentido, Jürgen Habermas, ao buscar substituir a metafísica de Kant, por um realismo interno, pautado em uma visão procedimentalista, visa confrontar o universalismo cada vez mais inclusivo, altamente idealizador, com o particularismo de cada consenso e de cada comunidade de linguagem.

Sustenta Habermas, com a ideia de proporcionar juridicamente o exercício político de igual modo para todos os partícipes, que[34]:

> os participantes da comunicação podem se entender por cima dos limites dos mundos da vida divergentes, porque eles, com a visão de um mundo objetivo comum, se orientam pela exigência da verdade, isto é, da validade incondicional de suas afirmações.

Vindo a entender posteriormente que o conceito de verdade também seria epistemológico e aberto, Habermas, em “A ética da discussão e a

[34] HABERMAS, Jüngen. Agir comunicativo e razão descentralizada. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, pp. 46 e 47.

questão de verdade"[35], vem substituir o conceito de "verdade", por "aceitabilidade racional". Isso porque os participantes de uma discussão se sentiriam autorizados a aceitar como verdadeira uma proposição controversa, bastando que tenham tido, em condições quase ideias, a possibilidade de esgotar todas as razões disponíveis a favor e contra a proposição, estabelecendo a aceitabilidade racional dela.

Conforme afirma Cândido Rangel Dinamarco, na "Instrumentalidade do processo", reconhecendo que o Judiciário teria por função precípua a pacificação dos conflitos sociais, *"são as insatisfações que justificam toda a atividade jurídica do Estado e é a eliminação delas que lhe confere legitimidade"*[36].

Nessa medida, sabendo-se que a fórmula de divisão do orçamento da saúde pode envolver interesses diversos, importa a oportunização de um número máximo de discursos no processo judicial, oferecendo iguais oportunidades políticas de participação, a fim de se alcançar a aceitabilidade racional propalada.

Também de relevância lembrar que, mesmo na seara do processo administrativo de incorporação de tecnologia, uma vez emitido parecer conclusivo pelo Plenário da CONITEC, dá-se início à segunda fase do procedimento, com a submissão do parecer à consulta pública pelo prazo de 20 (vinte) dias, conforme art. 19 do Decreto n. 7.646/2011.

E não só, após o recebimento das contribuições e críticas resultantes da consulta pública, que serão analisadas pelo Plenário da CONITEC, e emitido relatório, com encaminhamento do processo administrativo ao Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde para decisão, querendo, antes de se manifestar, poderá realizar audiência pública, conforme relevância da matéria, e, quando se tratar de elaboração ou alteração

---

[35] HABERMAS, Jüngen. A ética da discussão e a questão de verdade. São Paulo: Martins Fontes, 2004, pp. 60-61.
[36] DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 12ª edição. São Paulo, Ed. Malheiros Editores Ltda. 2005, p. 194

de protocolo clínico ou diretriz terapêutica, deverá submetê-lo à manifestação do titular da Secretaria responsável pelo programa ou ação, conforme a matéria (arts. 21, 22 e 24 Decreto n. 7.646/2011).

Assim, constata-se que a abertura do diálogo, no âmbito administrativo, inclusive com a possibilidade de manifestação livre da comunidade científica, por meio de consulta pública, busca a aproximação da solução a um conceito de uma melhor verdade (conhecendo-se a crítica de ser um conceito relativo), ou melhor, a um ponto ótimo a ser alcançado.

Boaventura de Souza Santos, em sua “Sociologia das Emergências”, em uma visão crítica do conhecimento científico positivista do Direito, aponta a necessidade de se valorizar as mais variadas gamas de experiências humanas, com vista a ampliar o acesso ao conhecimento, mostrando-se os movimentos sociais e cívicos como essenciais ao controle democrático da sociedade e ao estabelecimento de formas de democracia participativa.[37]

Assim, questiona-se qual a legitimidade que teria o Judiciário em alterar a decisão de incorporação de tecnologia, quando, para a sua tomada, na seara administrativa, houve a participação aberta da comunidade científica e a possibilidade de participação de todos os interessados, pela decisão de um magistrado, sem conhecimento técnico da matéria, ou mesmo assessorado por um perito, que não necessariamente vem ser conhecedor profundo do tema que está sendo debatido.

Verifica-se como tentativa de abertura de debate, ou, quiçá, por influência dos próprios pensamentos procedimentalistas de Habemas, que o Supremo Tribunal Federal, convocou, no período de presidência do Ministro Gilmar Mendes, audiência pública, onde ouviu 50 (cinquenta) especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do

---

[37] SOUZA SANTOS, Boaventura. Introdução a Ciência Pós-Moderna. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

sistema único de saúde, nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009, para tratar do tema da saúde.

Interessante também apontar que a convocação de audiências públicas vem se mostrando a tendência do Supremo Tribunal Federal, havendo o Ministro Luiz Fux, recentemente, convocado audiência sobre a nova regulamentação da TV por assinatura, criada pela Lei nº 12.485/2011, sob o fundamento de que apreciação do tema ultrapassaria os limites do estritamente jurídico, demandando "abordagem técnica e interdisciplinar, atenta às nuances do mercado audiovisual brasileiro e às repercussões práticas que o novo modelo normativo ensejará sobre a dinâmica do setor". Salientou, contudo, que não seria objetivo da audiência colher interpretações jurídicas dos textos constitucional e legal[38].

10 Da Medicina Baseada em Evidência- MBE, como critério de julgamento a embasar o controle de constitucionalidade:

Também, no campo do direito sanitário, o controle de constitucionalidade, sob o fundamento do art. 196, que vem sendo utilizado de forma acriteriosa pela jurisprudência pátria, não poderia deixar de observar os critérios estabelecidos pelo conceito de Medicina Baseada em Evidência- MBE.

Conforme já falado em nota de rodapé acima, a Medicina Baseada em Evidências vem ser um movimento médico que adota a aplicação do método científico a toda a prática médica, significando a expressão "evidências", aqui, provas científicas. O movimento propõe um saber científico seguro e democrático, contrapondo-se à chamada Medicina Baseada em Autoridade, caracterizada pela exclusiva opinião do especialista.

Atualmente, a MBE é utilizada pela Organização Mundial da Saúde - OMS como forma de análise do conhecimento científico médico de todo o mundo, sendo também utilizada por instituições de grande relevância científica no seio da medicina, como as grandes universidades e as instituições de

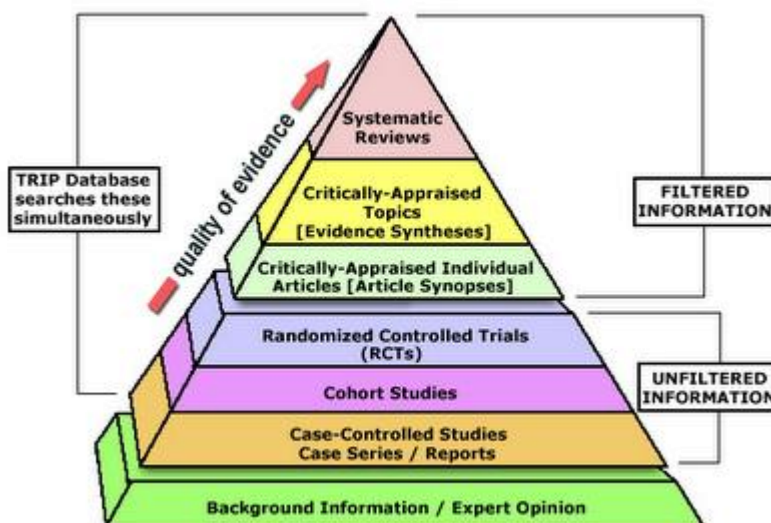
---

[38] Referências extraídas da página http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=211595.

grande formação de opinião, como o National Health Service - NHS da Grã-Bretanha (Sistema de Saúde Britânico) . Também se utiliza da MBE o Sistema Único de Saúde – SUS brasileiro, como forma de avaliar as tecnologias médicas que serão disponibilizadas aos usuários do SUS.

O movimento vem estabelecer uma pirâmide de evidência científica, em que a de maior validade vem ser a revisão sistemática (*systematic reviews)* e a de menor validade o estudo científico embasado unicamente na opinião do especialista (*expert opinion)*[39]. É conferir a pirâmide:

---

[39] Revisão Sistemática e Meta-análise de ensaios clínicos randomizados: é a melhor evidência científica existente, pois consiste em uma somatória de todos os estudos de alto nível científico catalogados na literatura médica e triados por um expert com critérios rigorosos de inclusão desses estudos e que levam a uma grande casuística (um grande número de casos analisados). 2) Ensaios clínicos randomizados: tipo de estudo onde são comparados dois ou mais grupos similares de doentes com tratamentos diferentes, ao acaso, diminuindo assim as tendenciosidades que porventura podem existir entre os grupos. Exemplo: distribuição similar dos doentes entre os grupos estudados no que diz respeito à idade, sexo, peso, localização geográfica, estadiamento do tumor dos doentes, etc (a única diferença entre os grupos deve ser o tipo de tratamento: A ou B ou C). 3) Estudo do Tipo Coorte: nome oriundo do latim Coorte = batalhão. Consiste em agrupar indivíduos com as mesmas características (exemplo: todos obesos), cuidando-se de um Estudo Observacional onde, ao contrário do ensaio clínico, em que há intervenção do pesquisador, (exemplo: cirurgia, medicação), somente é observado o grupo de indivíduos de mesmas características, não havendo uma interferência propriamente dita do pesquisador. 4) Estudo Caso-Controle (ou controlado): consiste em parear um grupo semelhante de indivíduos para cada grupo de indivíduos estudado, porém, não ao acaso, podendo assim apresentar interferências por tendenciosidades, apresentando, por isso, menor evidência científica. 5) Séries de Casos/relato de caso(s): consiste em um tipo de intervenção sem um grupo controle para comparação. (exemplo: realização de cirurgias em apenas um grupo de indivíduos). É um estudo de baixa evidência científica, pois não há uma comparação entre grupos de indivíduos distintos para decidir o que é melhor, e sim apenas uma descrição de casos. Sendo assim, não há uma análise comparativa: há relatos de casos. 6) Opinião do Especialista: é a menor evidência científica possível, pois é sujeita a grandes tendenciosidades, haja vista que se trata de uma análise totalmente subjetiva, não compatível com os métodos objetivos de análise científica.

Assim, qualquer decisão tomada pelo Judiciário deveria se certificar dos mesmos critérios técnicos e abertura democrática que a decisão tomada conforme o procedimento administrativo, que assim buscou se realizar, sob pena de padecer de grave ilegitimidade.

Nas ações de saúde, a necessidade de discussão de caráter técnico biológico e médico mostra-se predominante, diante da própria natureza do bem envolvido, em detrimento da análise meramente jurídica.

Nesse sentido, a abertura do diálogo a uma abordagem técnica e interdisciplinar, até porque o conhecimento jurídico se mostra capenga em dar real solução às questões sanitárias que se apresentam, mostra-se imprescindível. Assim, as decisões deveriam buscar a melhor evidência clínica possível, sob pena de padecerem de vício de inconstitucionalidade.

Em que pese a preocupação do Judiciário com a efetivação dos comandos constitucionais que assegurem o mínimo existencial para uma vida digna, o ativismo judicial[40], conceito que não observa um rigor técnico, porém,

---

[40] Sobre o tema, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio- o ativismo judicial*. In* As Novas Faces do Ativismo Judicial. Salvador: Jus Podium, 2011, p. 387 e seguintes. O texto, também disponibilizado no Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público- IDP, vem demonstrar que o termo (*judicial activism)*, de alta carga emocional, utilizado sem maiores cuidados com a definição dos seus contornos, surgiu como objeto de um artigo publicado em uma revista leiga de atualidades, a Fortune, entre propagandas de whisky e Aqua

que vem sendo cada vez mais utilizado pela doutrina, não pode ser aquele que desrespeite os limites estabelecidos para os poderes, e nem contrarie princípios e normas previstos expressamente na Constituição.

Não se pode desconhecer que o surgimento do Estado do bem-estar social impele o Judiciário a adotar posturas mais atuantes e quiçá, políticas, característica que muito acentua a nossa Constituição, analítica e programática. Contudo, de importância questionar, até como forma de manutenção desse próprio Estado, quais seriam os limites dessa atuação, sob pena de se levar à insegurança no próprio direito.

Lenio Streck, em sua obra "Verdade e Consenso" vem nos alertar que, quando estamos diante de uma postura ativista, não se cuida de mutação, mas rompimento constitucional, tendo uma decisão que vai além do próprio texto da Constituição, permanecendo o texto igual, mas a prática sendo alterada pelas práticas das maiorias, dando por exemplo a Constituição de Weimar e o Nazismo. Assim, sustenta *"o problema é democrático. Se admitirmos fissuras na ordem constitucional, passaremos a admiti-las no próprio Estado Democrático de Direito."*[41]

E, mais, nos adverte, como já conhecemos na prática, que[42]:

> em nome da proporcionalidade e do 'sopesamento entre fins e meios' (a assim denominada 'ponderação'), é possível chegar às mais diversas respostas, ou seja, casos idênticos acabam recebendo decisões diferentes, tudo sob o manto da 'ponderação' e da proporcionalidade (ou da razoabilidade).

11 Das ações individuais e possível solução a ser dada pelos incidentes de demandas repetitivas:

Em razão da natureza híbrida do direito à saúde, e possibilidade de ajuizamento de ação individual, desde que também preenchidas as condições

---

Velva. Para tanto, utiliza-se como fonte o artigo de Craig Green, *Anintelectual history of judicial activism.* Emory Law Journey. Vol. 58, 2009, p. 1201.

[41] STRECK. Lenio Luiz. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 53.

[42] *Ibidem,* p. 55.

da ação, é fácil vislumbrar a deficiência do rito processual subsuntivo para tratar do tema em questão, posto ter reflexos no direito da transindividualidade.

Nesse sentido, sendo o processo adjetivo e instrumental[43], cabe ao direito processual apresentar soluções que busquem à consecução dos princípios constitucionais, em sua plenitude, no lugar de se viver na fórmula dos brioches, de Maria Antonieta[44], lembrada pela revolução francesa.

Como solução a ser pensada, de técnica de pluralização dos debates, poder-se-ia vislumbrar o incidente de demandas repetitivas, previsto no Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, importado do Procedimento-Modelo (*Musterverfahren),* da Alemanha.

Esse procedimento, que entrou em vigor na Alemanha em 2005, foi instituído em caráter experimental, visando dar solução ao possível abalroamento da justiça diante dos danos causados a milhares de investidores da bolsa de Frankfurt, temendo-se o efeito multiplicador.

No procedimento, há uma fragmentação na cognição. A ação é proposta pelo juiz de primeiro grau e, após o incidente ter sido provocado pela parte, o processo será remetido ao Tribunal. A solução das questões apontadas pelo requerente como comum a várias demandas, que podem ser de fato ou de direito, atingem vários litígios individuais.

---

[43] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, 2005, p. 33 e ss. O jurista vem afirmar, após desenvolver o estudo no sentido de que o processo, como instrumento, guarda perene correspondência com a ordem constitucional a que serve, que *"No contexto da sensibilidade do sistema processual aos influxos e mutação da ordem constitucional é que se situam as propostas e as ondas renovatórias do processo, pois é natural que o instrumento se altere e adapte às mutantes necessidades funcionais decorrentes da variação dos objetivos substanciais a perseguir."*

[44] Maria Antonieta, em alemão: Maria Antonia Josepha Johanna von Habsburg-Lothringen; francês: Marie Antoinette Josèphe Jeanne de Habsbourg-Lorraine, arquiduquesa da Áustria e rainha consorte de França e Navarra, após a sua morte, condenada por traição e guilhotinada em 16 de outubro de 1793, na Revolução Francesa, tornou-se parte da cultura popular e figura história importante, sendo retratada por um comportamento frívolo e superficial, sustentando alguns historiadores ter sido retratada injustamente. Teve atribuída, falsamente, a frase: "Se o povo não tem pão, que coma brioches! Como contexto, na primavera de 1775, o criticado programa econômico do ministro das finanças Jacques Turgot, levou a graves distúrbios, com a eclosão de motins em toda a França, conhecidos como a "Guerra da Farinha".

Visa o procedimento aglutinar, em uma única relação jurídica, um grupo de pessoas em idêntica ou similar posição jurídica, com a participação dos sujeitos legitimados à ação coletiva, condensando-se em um só processo a resolução de inúmeras lides, com um tratamento igualitário aos inúmeros envolvidos.

No Projeto de Lei nº 8.046/2010, que visa à reforma do Código de Processo Civil, o incidente de resolução de demandas repetitivas vem ser incorporado e disciplinado no Capítulo VII, arts. 930/941.

Prevê o art. 930, do Projeto, ser admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes.

O pedido de instauração do incidente seria dirigido ao Presidente do Tribunal, pelo juiz ou relator, por ofício, ou pelas partes, pelo Ministério Público ou Defensoria Pública, por petição (art. 930, §1º, do Projeto), e julgado pelo Plenário do Tribunal (art. 933), sendo intimado o Ministério Público da admissão do incidente (art. 932), assim como o Relator ouviria as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de quinze dias, poderiam requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida; em seguida, no mesmo prazo, manifestar-se-ia o Ministério Público (art. 935).

Julgado o incidente, a tese jurídica seria aplicada a todos os processos que versassem idêntica questão de direito e que tramitassem na área de jurisdição do respectivo tribunal (art. 938, *caput*) e, havendo recurso e sendo apreciada a matéria, em seu mérito pelo plenário do Supremo Tribunal Federal ou pela corte especial do Superior Tribunal de Justiça, que, respectivamente, teriam competência para decidir recurso extraordinário ou especial originário do incidente, a tese jurídica firmada seria aplicada a todos os processos que

versassem idêntica questão de direito e que tramitassem em todo o território nacional (parágrafo único do art. 938).

A ideia do incidente seria afetar ao órgão jurisdicional superior o julgamento de questão jurídica comum a uma série de demandas já instauradas ou com possibilidade de sê-lo, para que seja veiculado pronunciamento único, com eficácia prospectiva e vinculante. Assim, tratar-se-ia, em conjunto, questões, que poderiam ou deveriam ser resolvidas de uma só vez e com eficácia para todos[45].

No que diz respeito ao direito sanitário, mostra ser procedimento harmonizador, pois, ao se aglutinar, em um só procedimento, a resolução de questão pertinente a um universo abrangente de pessoas, permitir-se-ia um pronunciamento uniforme, pelo Judiciário, constituindo o incidente em fator de efetividade do valor igualitário do processo, isso porque a igualdade perante a lei pressupõe a igualdade também de sua aplicação[46].

Contudo, ainda que previsto esse mecanismo, não se pode garantir menos diálogo científico para modificar um protocolo do que o previsto na esfera administrativa. Nesse sentido, de importância que não só audiências públicas sejam promovidas, a exemplo do que vem ocorrendo no STF, bem como que a exigência probatória siga os requisitos científicos de uma melhor medicina, como a Medicina Baseada em Evidências.

Conclusão

O artigo, após realizar uma breve contextualização histórica do direito à saúde, no Brasil, apontando se encontrar hoje o Sistema Único de Saúde regido pelos princípios da universalidade e integralidade, vem defender que a indefinição sobre esse último conceito propiciou a excessiva judicialização das ações que têm por lide controvérsias sobre o seu exercício, pondo em risco a própria existência do sistema, diante da natureza eminentemente híbrida desse direito, com enfoque tanto transindividual como subjetivo.

---

[45] FUX, Luiz. O novo processo civil brasileiro – Direito em Expectativa (obra coletiva). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 447.
[46] *Ibidem*, p. 447.

Nesse sentido, na esteira dos ensinamentos de Ronald Dworkin, vem criticar o conceito de bem-estar para definir o que seria a integralidade, apresentando a proposta legal, recente, da Lei nº 12.401/2011 que a estabeleceu, tendo por norte a política capitaneada pelas organizações internacionais, especialmente a Organização Mundial de Saúde, da qual o Brasil faz parte, de Uso Racional dos Medicamentos, a sua definição (arts. 19-M e 19-P), dispondo sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do SUS, assim como o processo administrativo para sua incorporação.

Visando reprimir a omissão administrativa, a Lei veio estabelecer o prazo para a análise pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias-CONITEC, regulamentada pelo Decreto nº 7.646, de 21 de dezembro de 2011, órgão formado por representantes de vários órgãos, inclusive do Conselho Nacional de Saúde e do Conselho Federal de Medicina, podendo o requerimento ser feito por qualquer interessado (art. 19-R).

Tendo por pano de fundo esse contexto, o artigo vem apontar a necessidade de observância da fase administrativa como requisito de análise do interesse processual no ajuizamento da ação, em prestígio, inclusive, ao princípio da eficiência, assim como do déficit de legitimidade do Judiciário na criação de políticas públicas, trazendo dados estatísticos que demonstram que as regiões mais ricas do país são as que têm maior número de ajuizamento de ação, em detrimento de uma população mais hipossuficiente, que ainda não possui acesso ao Judiciário.

Também enfatiza o artigo a observância, no processo administrativo, de um discurso aberto e plural, com realização de consultas e audiências públicas, estabelecendo a participação da sociedade civil como meio de garantir mais transparência nos processos de incorporação de novas tecnologias, produtos e serviços na rede pública de saúde (art. 19,R, §1º, III e IV), o que atenderia a ideia de aceitabilidade racional, de Jüngen Habermas.

Não desconhecendo a existência de tese de que as ações judiciais somente deveriam ser julgadas procedentes quando o objeto da ação se

relacionasse a prestações já contempladas nas políticas públicas estabelecidas, como a capitaneada por Luis Roberto Barroso, vem defender o artigo, diante do reconhecimento da natureza híbrida do direito à saúde, com enfoque tanto individual como transindividual, essa possibilidade, desde que, diante do enfoque da instrumentalidade do processo, haja adaptação do rito à natureza dos direitos discutidos, com a coletivização do debate.

Também, ressaltando a natureza do processo como campo de exercício dos direitos políticos, e tendo por pano de fundo as especificidades técnicas que envolvem a matéria, de campo extrajurídico, e natureza tansindividual do conflito, defende o artigo a necessidade de abertura do processo judicial à pluralização do debate, a exemplo do que fez o administrativo, tanto pela intimação dos legitimados extraordinários, como por realização de audiências públicas.

Isso porque a discussão coletiva ou abstrata exige naturalmente um exame do contexto geral das políticas públicas discutidas, tendo-se uma ideia mais realista de quais as dimensões da necessidade e qual a quantidade de recursos disponíveis como um todo, assim como a produção dos efeitos da decisão se dá de forma igualitária.

Nesse sentido, sabendo-se que a fórmula de divisão do orçamento da saúde pode envolver interesses diversos, importa a oportunização de um número máximo de discursos no processo judicial, oferecendo iguais oportunidades políticas de participação, a fim de se alcançar a aceitabilidade racional propalada.

Buscando, com a abertura do diálogo, uma solução que se aproxime da melhor verdade, não poderá se esquecer, porém, como caminho para construção da decisão, no que diz respeito ao seu caráter técnico extrajurídico, da Medicina Baseada em Evidência- MBE, movimento médico que adota a aplicação do método científico a toda a prática médica, significando a expressão “evidências”, “provas científicas”, o que se contrapõe à Medicina Baseada em Autoridade, caracterizada pela exclusiva opinião de especialista.

Advertindo que, em que pese a preocupação do Judiciário com a efetivação dos comandos constitucionais que assegurem o mínimo existencial para uma vida digna, vem lembrar o artigo que o ativismo judicial não pode ser aquele que desrespeite os limites estabelecidos para os poderes, e nem contrarie princípios e normas previstos expressamente na Constituição.

Por fim, o artigo apresenta o incidente de demandas repetitivas, previsto no Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, e importado do Procedimento-Modelo (*Musterverfahren)* da Alemanha, como solução a ser pensada, de técnica de pluralização dos debates, por visar o procedimento aglutinar, em uma única relação jurídica, um grupo de pessoas em idêntica ou similar posição jurídica, com a participação dos sujeitos legitimados à ação coletiva, condensando-se em um só processo a resolução de inúmeras lides, com um tratamento igualitário aos inúmeros envolvidos.

Referência Bibliográficas

AITH, Fernando. **A emergência do Direito Sanitário como um novo campo do direito**. *In*: ROMERO, Luiz Carlos; DELDUQUE, Maria Célia. (Orgs.). Estudos de Direito Sanitário: a produção normativa e saúde. Brasília: Senado Federal, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BARROSO. Luís Roberto. **Da falta de efetividade à constitucionalização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Página eletrônica http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Em busca de um conceito fugidio- o ativismo judicial**. In As Novas Faces do Ativismo Judicial. Salvador: Jus Podium, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12ª edição. São Paulo, Ed. Malheiros Editores Ltda. 2005.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade***.* São Paulo: Martins Fontes, 2005.

______. **Igualdade como ideal**. Novos estud. - CEBRAP, São Paulo, n. 77, Mar. 2007 . Disponível <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002007000100012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 25 de Junho 2012. http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002007000100012.

______. **Levando os Direitos a Sério**. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

______. **O império do direito***.* 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FUX, Luiz. **O novo processo civil brasileiro – Direito em Expectativa (obra coletiva)**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HABERMAS, Jüngen. **A ética da discussão e a questão de verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

______. **Agir comunicativo e razão descentralizada.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

RIOS, Roger Raupp***. Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos***. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Porto Alegre, n. 48.

SOUZA SANTOS, Boaventura. **Introdução a Ciência Pós-Moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

STRECK. Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos***.* 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CAPÍTULO 2

OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO E PAPEL DO SENADO FEDERAL: A TESE DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL EM FACE DO PARADIGMA DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Ricardo Alexandre Pinheiro de Oliveira [47]
DOI 10.11117/9788565604109.02

RESUMO: O presente artigo almeja responder se a tese de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal, no bojo da objetivação do controle difuso, é compatível com o paradigma de Estado Democrático de Direito. Para tanto, empreendeu-se uma pesquisa do tipo jurídico-teórica, com técnica bibliográfica, concluindo-se pela inconsistência da aludida tese, uma vez que, sob os auspícios do paradigma informado, a validade das decisões judiciais exige uma atuação interpretativa que unifique segurança jurídica e fundamentação racional apoiada em procedimento dialógico. Notar-se-á que, após o giro hermenêutico, não mais se admite uma visão formalista do processo de interpretação judicial, uma vez que a intelecção está sempre impregnada de pré-compreensões do intérprete, o que não significa, porém, chancelar o voluntarismo judicial. Propor-se-á, como parâmetro ideal de legitimidade da decisão judicial sob o paradigma citado, a adoção da Teoria Discursiva de Habermas. Nessa esteira de entendimento, concluir-se-á que a tese de mutação constitucional do art. 52, X representa, em verdade, um caso de discricionariedade em sentido forte, que suprime a validade pressuposta de norma constitucional originária, extrapolando os limites do discurso de aplicação. Além disso, conforme propugnado por Konrad Hesse, não se trata de verdadeira mutação, mas rompimento, desafiando-se a força normativa da Constituição.

---

*Bacharel em Direito, Instituto Brasiliense de Direito Público, Mestrando em Direito Constitucional, E-mail: rapdo@uol.com.br

Palavras-chave: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL. OBJETIVAÇÃO DO CONTORLE DIFUSO. DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL.

INTRODUÇÃO

A tese de mutação constitucional do art. 52, X da Constituição Federal tem sido alvo de acalorados debates no campo doutrinário e jurisprudencial. De um lado, argumentos funcionalistas a preconizar uma atualização interpretativa reducionista do papel do Senado Federal no âmbito do controle difuso, em razão da prática judiciária e, sobretudo, da tentativa de incorporação do *Stare Decisis*. De outro, a defesa da força normativa da Constituição, do princípio da separação de poderes e do risco de rompimento constitucional.

O presente artigo tem por objetivo responder se a tese de mutação constitucional do art. 52, X da Constituição Federal, no bojo da objetivação do controle difuso, é compatível com o paradigma de Estado Democrático de Direito.

Para tanto, empreender-se-á uma pesquisa do tipo jurídico-teórica, com técnica bibliográfica, tendo por hipótese a inconsistência da tese de mutação constitucional, haja vista os limites interpretativos do texto constitucional e a própria separação de poderes.

Estruturalmente, o presente artigo procurará mostrar que, após o giro hermenêutico e a desconstrução do mito da neutralidade científica, não mais se admite uma visão formalista do processo de interpretação judicial restrita a um mecanismo subsuntivo de juízos lógico-dedutivos. A intelecção está sempre impregnada de pré-compreensões, pré-conceitos do intérprete, o que não significa, porém, chancelar uma discricionariedade judicial em sentido forte, denomina neste trabalho de decisionismo, voluntarismo ou ativismo judicial.

Num segundo momento, cuida-se de compatibilizar o giro linguístico com os pressupostos de um Estado Democrático de Direito, embasado nas premissas de pluralismo, respeito às normas e representação. Disso resulta a completa impossibilidade de juízos discricionários sobre os chamados casos fáceis *(easy cases)* e da possibilidade de uma discricionariedade em sentido

fraco, assim definida a discricionariedade controlada por requisitos procedimentais, para os casos difíceis *(hard cases)*

Em seguida, passar-se-á a avaliar, então, como algumas importantes teorias jurídicas intentaram resolver o problema da discricionariedade e da legitimidade da decisão judicial. Nesse particular, notar-se-á como Hans Kelsen, H. L. A. Hart e Ronald Dworkin abordaram o problema, revelando-se uma abertura decisionista dos dois primeiros, a despeito de seus esforços, e a discricionariedade fraca proporcionada pelo último, por meio de sua interpretação construtiva com base na Integridade do Direito.

Observando-se a proposta Jürgen Habermas, construída a partir de Ronald Dworkin, identificar-se-á que a Teoria do Discurso é a mais consentânea a explicar e justificar o fenômeno jurídico sob a égide do Estado Democrático de Direito. Isso porque exige que as decisões judiciais assegurem, a um só tempo, não só segurança jurídica (coerência com o tratamento anterior de casos análogos e com a lei), mas a aceitabilidade racional da decisão, adotada em conformidade com um procedimento democrático que leva em consideração as interconexões entre autonomia privada e pública, entre liberdade, igualdade e direito de participação política, entre soberania e direitos humanos.

O procedimentalismo de Habermas, apesar das limitações em pretender uma completa anulação de valores durante os discursos de aplicação para casos difíceis, tem o mérito de apontar as condições ideais de discurso que servem de parâmetro a uma maior legitimidade da decisão judicial, calcada num procedimento dialógico guiado pela razão comunicativa, que revigora o pluralismo inerente ao Estado Democrático de Direito e proporciona, assim, o maior potencial de consenso, mitigando a tensão entre faticidade e validade. E mais, em se tratando de casos fáceis, os discursos de aplicação devem restringir-se a critérios de adequação e não de validade da norma.

Adotada a perspectiva habermasiana de legitimidade da decisão judicial, adentrar-se-á no problema central. Nessa esteira de entendimento, concluir-se-

á que a tese de mutação constitucional do art. 52, X representa, em verdade, um caso de voluntarismo judicial.

Primeiro, porque se insere no que poderia ser denominado caso fácil, uma vez que a orientação normativo-constitucional do art. 52, X é precisa quanto à necessidade de encaminhar a decisão ao Senado Federal para que se possa realizar, a juízo deste, a conversão dos efeitos *inter partes* em *Erga Omnes.* Nesse âmbito, a atuação judicial deve restringir-se aos discursos de aplicação, vedando-se críticas à validade ou questionamentos sobre a justificativa da norma, o que só será possível realizar na instância legislativa, sob pena de se desbordar os limites democráticos da atuação judiciária, desprestigiando a soberania em proveito de argumentos meramente funcionalistas.

Em segundo lugar, não se cuidaria sequer de mutação constitucional na forma preconizada por Konrad Hesse, na medida em que não se estaria a tratar de uma alteração interpretativa sem alteração do texto. Transpondo-se os limites do texto da norma, há, em verdade, anulação ou rompimento, violando-se a força normativa da Constituição.

2 A SUPERAÇÃO DO FORMALISMO JURÍDICO PELO GIRO HERMENÊUTICO – A CONSTANTE PRESENÇA DA DISCRICIONARIEDADE NO AGIR JUDICIAL

Menelick de Carvalho Neto (2004), com lastro em Thomas Kuhn, explicitou o conceito de paradigma como esquema geral de pré-compreensões e visões de mundo existente em determinadas sociedades em certo momento histórico. Propôs, para o Direito constitucional moderno, pós-Revolução Francesa, o reconhecimento dos paradigmas do Estado de Direito, Estado Social e Estado Democrático de Direito.

Nesse momento, sem prejuízo de um maior detalhamento sobre os paradigmas constitucionais, o que se fará posteriormente, cuidar-se-á apenas do Estado de Direito. Dessa maneira, deve-se registrar que a modernidade trouxe em seu bojo, juntamente com a existência de leis abstratas e gerais,

válidas para todos, em contraponto à perspectiva concretista do Direito pré-moderno, uma significativa intangibilidade da norma.

Pelo paradigma do Estado de Direito, o estado deve irrestrito respeito à lei. Assim, o juiz deve ter uma atividade meramente mecânica, de simples leitura da norma, de aplicação silogística. Não lhe é permitido interpretar. Se a norma é intrincada ou confusa, cabe consultar o legislador. O juiz é a boca da lei.

Esses sinais característicos da hermenêutica clássica encontraram ressonância, em certa medida, na concepção jurídica de Norberto Bobbio.

Norberto Bobbio (1999), em sua Teoria do Ordenamento Jurídico, descreveu os três aspectos característicos de um ordenamento jurídico: unidade, coerência e completude.

Segundo Bobbio, a unidade de um ordenamento residiria no fato de que todas as normas nele existentes reportam-se a uma mesma norma essencial, chamada de fundamental. A coerência implica o dever de eliminar as antinomias, por critérios de hierarquia, cronologicidade ou especialidade. A completude, por fim, encerra o atributo de autossuficiência do ordenamento, segundo o qual todo e qualquer caso pode ser regulado por uma norma extraída do sistema.

Percebe-se, pois, a preocupação do autor em construir o *status* científico do Direito, o que fica ainda mais claro na sua obra sobre o Positivismo Jurídico. Norberto Bobbio (1995) declara, explicitamente, que o Direito não pode admitir juízos de valor.

Em contraponto às teses formalistas, Hans-Georg Gadamer (2011), recuperando o conceito heideggeriano de pré-compreensão, sustenta não haver ser humano que corresponda a uma tábula rasa, de maneira que todo aquele que interpreta, assim o faz com sua carga de vivência e mundividência particulares. Por conseguinte, todo processo interpretativo é sempre carreado de pré-compreensões e pré-conceitos atinentes à essência do intérprete.

Ainda conforme Gadamer (2011), quem intenta compreender um texto realiza sempre um projetar, pois tão logo se verifique um primeiro sentido, baseado nas pré-compreensões, o intérprete já delineia o sentido do conjunto, ajustando-o às suas expectativas. Durante a leitura, é natural que, por vezes, refaça-se o projeto compreensivo, conforme as novas informações conduzam a novas projeções do sentido global. Esse deslocamento da compreensão do particular para o todo e do todo para o particular, numa perspectiva de retroalimentação perene, constitui-se a espiral hermenêutica ou giro hermenêutico.

Gadamer (2011) sustentou, ainda, a convicção de que tanto o legislador quanto o intérprete estão imersos na tradição. Isso implicaria reconhecer a impossibilidade de interpretação alheia a tal contexto.

No que tange particularmente à práxis judicial, Gadamer (2011) afirma a necessidade de revelar-se o conteúdo normativo da lei em consonância com a situação concreta de aplicação. Considera imprescindível acercar-se dos protocolos parlamentares e conhecer a intenção do legislador, mas unicamente como critério referencial do sentido originário da norma, jamais vinculativo sobre o sentido de aplicação contextual da norma. Enfim, alteradas as circunstâncias, altera-se, também, a função normativa da lei, que só poderá ser conhecida após o pleno conhecimento da situação concreta, promovendo-se, assim, uma ponderação justa do conjunto.

Gadamer (2011) preleciona, ainda, jamais haver leitor algum que, ante um texto, possa simplesmente ler o que nele está, porquanto em toda leitura há uma aplicação e todo aquele que lê um texto encontra-se, ele próprio, inserido no texto que compreende. E conclui que aquilo que se compreende hoje de uma forma poderá ser compreendido de forma diversa pelas gerações futuras.

Desse modo, entende-se que, após o giro linguístico, não há mais possibilidade racional de se sustentar a possibilidade de uma atividade de interpretação judicial neutra e imparcial, completamente avalorativa, como pretendeu o formalismo jurídico.

A questão ganha relevo quanto aos chamados casos difíceis (*hard cases*), naqueles em que, conforme definição de Dworkin (2002), o Direito não oferece norma clara a regular a situação concreta *sub judice*. Em tais casos, a obrigação do juiz em decidir o caso concreto o levará, inegavelmente, a uma instância de discricionariedade.

É nesse sentido que devem ser compreendidas as palavras de Hilton Japiassu (1975) de que a realidade é mutável aos olhos de cada observador, que a percebe de acordo com sua individualidade. Toda ciência, remata o autor, é uma prática humana e social como qualquer outra e, em decorrência disso, está impregnada de ideologias, juízos de valor e argumentos de autoridade.

Em suma, admitidas possibilidades de escolha do intérprete jurídico dentre vários caminhos interpretativos a palmilhar, descerra-se, nos casos difíceis, inegável discricionariedade judicial, em maior ou menor grau, com maior ou menor legitimidade democrática.

Note-se que, a bem da verdade, Gadamer (2011) não fez distinções entre casos fáceis e difíceis. Mas não se crê que isso seja um impeditivo para tomar como válida a constatação de que todo processo interpretativo é intermediado pelas pré-compreensões, pré-conceitos do próprio intérprete.

Ocorre que, em se tratando de Direito, não parece haver dúvidas de que nascido um ser humano, sempre haja o Direito de expedição gratuita da primeira certidão de nascimento, conforme art. 30 da Lei n. 6.015, de 1973, modificado pela Lei n. 9.534, de 1997. Também não parece haver dúvidas de que seja ilegal, e passível de anulação, uma sessão de pregão na qual se exija a apresentação de propostas com prazo inferior a oito dias úteis da publicação do respectivo aviso, por vulnerar o art. 4º, inciso V, da Lei n. 10.520, de 2002.

Nessas circunstâncias, a análise da situação concreta revela haver uma norma específica a regê-la, sem texto polissêmico, não se vislumbrando a possibilidade de que as pré-compreensões, valores e tradição influenciem no

resultado final da interpretação. Isso porque se trata de uma norma, não geral, mas concreta. É nesse âmbito que se situam os casos fáceis (*easy cases).*

Note-se, por relevante, que, mesmo nos *easy cases*, a interpretação é realizada com as pré-compreensões do julgador, porque esses constituem sua própria individualidade. Todavia, tais dimensões do ser-intérprete não são capazes de influenciar no processo interpretativo, haja vista o fechamento da norma.

Com efeito, outras circunstâncias específicas podem ser aditadas aos exemplos citados para criar uma determinada margem de indeterminação da norma. Mas isso os caracterizará como novos casos, não mais fáceis, agora difíceis.

Há de se reconhecer, entretanto, que, em virtude da complexidade da sociedade moderna e dos conflitos que são imanentes ao seu pluralismo, os casos fáceis são quase uma ficção científica. Nas lides judiciais, o verdadeiro problema a enfrentar são os casos difíceis, nos quais, seja pela polissemia linguística do texto da norma, seja pelo caráter geral dela mesma, restará inevitável necessidade, maior ou menor, de escolhas por parte do juiz.

3 DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - RISCOS, LIMITES E POSSIBILIDADES

Menelick Carvalho Neto (2004), analisando a evolução do pensamento jurídico constitucional, identifica quatro paradigmas distintos: o pré-moderno e os pós-modernos do Estado de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito.

No paradigma pré-moderno, contextualizado no âmbito da idade antiga e média, o Direito não possui autonomia. Não existem normas gerais e abstratas, mas apenas concretas, com aplicação casuística. As normas vêm da religião, usos e costumes, tradição. O Direito é visto como algo devido a alguém em razão de sua casta, uma hierarquia pelo local de nascimento. A justiça se realiza pela sabedoria e sensibilidade do aplicador em aplicar adequadamente o princípio da equidade.

O paradigma moderno surge com a Revolução Francesa e representa a consagração da ideia de Direito como conjunto de normas abstratas e gerais, válidas para todos os membros da sociedade.

No Estado de Direito, consubstancia-se o ideal de Direitos formais, liberdades negativas, Direitos de defesa contra o Estado, com a preservação de núcleos intangíveis dos cidadãos, infensos à atuação estatal, em conformidade com os ditames do Estado Liberal. O papel do Estado é intervir o mínimo possível e viabilizar o pleno exercício dos Direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade. A hermenêutica jurídica, conforme visto alhures, é impregnada pelo formalismo, pelo culto à lei como única e soberana fonte do Direito, a ser aplicada de maneira mecânica e imparcial.

Entretanto, com as mazelas da sociedade pós-industrial e o reflexo social da Primeira Guerra Mundial, o Estado viu-se obrigado à materialização dos Direitos formais, assumindo prestações positivas, percebendo que sua simples omissão resultara não na afirmação, mas na própria negação das chamadas liberdades negativas. A hermenêutica jurídica não é mais uma mera atividade silogística, passando-se a buscar não a vontade do legislador, mas da própria lei, o que passa a permitir certa discricionariedade do julgador, na tentativa de materialização dos Direitos. Admitem-se análises teleológicas, sistêmicas e históricas. Entrementes, os problemas de um estado excessivamente paternalista são notados não só na subtração da autonomia privada, mas também pelas dificuldades econômicas em se empreender prestações positivas para um sociedade crescente não só em contingente populacional, mas também em novos Direitos.

Apresenta-se, assim, o Paradigma do Estado Democrático de Direito, na medida em que a complexidade das relações sociais exige uma nova leitura dos Direitos. Liberdade e igualdade são resgatados como vetores de uma comunidade de princípios, na qual os convivas são, a um só tempo, súditos e soberanos, porque co-autores das normas que dirigem seu agir. Esses Direitos fundamentais, ligados ao conceito de autonomia privada, aliam-se ao Direito de participação política, derivado da cidadania, para definir uma nova estrutura de

soberania, a democrática, caracterizada, sobretudo, pelo "Direito participativo, pluralista e aberto".

Em linha assemelhada às considerações de Carvalho Neto (2004), Michel Rosenfeld (2002) sustenta que, apesar da natureza evasiva dos conceitos de sujeito e identidade constitucional, pode-se afirmar que a identidade constitucional contemporânea tem por núcleos os Direitos fundamentais de igualdade e de liberdade de expressão.

Carvalho Neto (2004) defende, ainda, que, no âmbito do paradigma de Estado Democrático de Direito, o judiciário não deve prover apenas a segurança jurídica (certeza do Direito), mas também a crença na justiça, que se alcança pela adequabilidade de aplicação da norma ao caso concreto. Esses desideratos são obtidos por critérios procedimentais, mediante justificativa racional das decisões por procedimento discursivo.

Como se vê, é imperativo, sob o Paradigma de Estado Democrático de Direito, que os cidadãos possam participar do debate político, numa atmosfera de igualdade e liberdade que propicie a construção de uma identidade constitucional democrática.

Avesso a tal paradigma, em ponto antípoda está o Realismo Jurídico.

Conforme Carlos Santiago Nino (2010), o Realismo parte de duas constatações sobre a norma jurídica. A primeira é sua plurivocidade, porque formulada a partir da linguagem, que traz, em si, a imprecisão. A segunda é o caráter indeterminado, ao menos nas normas mais importantes, que possuem caráter geral, a franquear uma abertura interpretativa em face da incompletude de regulamentação.

Tais características engendram, sob a perspectiva realista, um ceticismo perante a obrigatoriedade das normas jurídicas, cuja aplicação passa a ser de livre escolha dos juízes. O Direito é visto, então, ao menos na corrente mais radical do Realismo, como mera previsão do que os juízes e tribunais decidirão. As normas jurídicas, por seu turno, apenas como "brinquedos vistosos".

É nesse sentido que se descreve o realismo como "uma questão daquilo que os juízes tomaram no café da manhã." (DWORKIN, 2003, p. 187)

Há de se destacar, a esta altura, a existencia de, ao menos, dois graus distintos de discricionariedade judicial, atinentes aos casos difíceis (*hard cases)* - fraco e forte -, cuja distinção orbitará na maior ou menor proximidade da decisão judicial com os pressupostos caracterizadores do Estado Democrático de Direito, como os Direitos de liberdade, igualdade, participação política e, em decorrência desses, com o respeito à separação das funções estatais.

Não se defende aqui, por óbvio, um modelo de "separação de poderes" do Estado Liberal, reservando-se ao julgador apenas a tarefa dedutivo-subsuntiva. Não se trata disso. Cuida-se, sim, de admitir que há situações não completamente determinadas pelo sistema jurídico, mas que isso não impede que a solução seja construída sob o influxo de principios nele contidos, a partir de um processo jurisdicional de natureza argumentativo-democrática.

Admitir tal releitura da separação de funções estatais não significa, porém, descartar a obrigatoriedade de normas produzidas conforme um procedimento democrático válido, sem qualquer justificativa que não as meras inclinações do julgador, como pretende o Realismo.

Nesse compasso, pode-se conceber o Realimo como o um exemplo de paroxismo da discricionariedade forte, voluntarismo judicial ou decisionismo, a representar sérios riscos ao Estado Democrático de Direito, uma vez que incide na usurpação da titularidade democrática e no rompimento de outra baliza do citado paradigma: o respeito à lei, à certeza jurídica, ainda que meramente aproximativa.

Assim, uma decisão judicial aceitável será aquela que possa concatenar segurança jurídica (coerência) com legitimidade (adequação).

Essa correção, na proposta do presente trabalho, não possui uma natureza ontológica, mas procedimental. Crê-se que não há possibilidade de se demonstrar, à feição de um método matemático, o que é correto e errado, mas se pode alcançar, sob as luzes de um Estado Democrático de Direito, o que é

correto sob o ponto de vista das melhores razões possíveis, obtidas por meio de uma razão comunicativa, marcada pela preservação mínima dos ideais de liberdade, igualdade e participação política. Tal razão requer, portanto, um viés intersubjetivo, participativo, um mecanismo dialógico de legitimação do agir.

Em suma, negar a existencia de discricionariedade em casos difíceis, por menor que seja, é pretender uma isenção e neutralidade do julgador incompatíveis com o giro hermenéutico, com o uso das pré-compreensões no processo interpretativo. De outro norte, aceitar uma discricionariedade forte é sucumbir ao Realismo Jurídico, desacreditando o sistema jurídico e inviabilizando a conquista evolutiva da segurança jurídica. Nesses termos, percebe-se admissível, à luz do Estado Democrático de Direito, uma discricionariedade fraca, restringida por requisitos procedimentais que assegurem uma decisão coerente e adequada.

4 AS TENTATIVAS DE LIMITAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NAS TEORIAS DE HANS KELSEN, H.L.A HART E RONALD DWORKIN

Segundo Hans Kelsen (2003), em sua Teoria Pura do Direito, Direito é norma, é forma e não conteúdo, não se confundindo, portanto, com justiça, moral ou política. O interesse de Kelsen, realmente, foi o de construir uma “ciência do Direito”. Mas, para tal empreitada, notou que o Direito, por se pretender uma ciência, não poderia equivaler a valores relativos, cambiantes no tempo e no espaço, como a moral ou a justiça. Portanto, Direito é simplesmente a norma, não desnaturando a natureza jurídica de uma norma o fato de ela ser considerada imoral ou injusta.

No tocante à interpretação judicial, porém, todo o isolamento e pureza pretendidos para a Ciência Jurídica perdem força. Kelsen (2003) admite que jamais a determinação normativa é exata ou absoluta, franqueando sempre um espaço de abertura para o intérprete atuar, porém em conformidade com as fronteiras estatuídas por norma superior, ou ainda, de acordo com a moldura normativa.

Desse modo, as normas sempre possuem certa indeterminação e será nesse vácuo normativo que os juízes irão exercer a interpretação, com margem de liberdade e apreciação controladas pela moldura.

Kelsen (2003) esclarece que a indeterminação da norma pode ser intencional ou não. A intencionalidade derivaria do pressuposto de que a norma inferior continua o processo de determinação que é a própria razão de ser do escalonamento normativo. Já a indeterminação não intencional resultaria da polissemia normativa ou das próprias contradições geradas entre normas.

Assim, a multiplicidade interpretativa não existe em função da escolha inadequada de um método de interpretação, pois não há qualquer método que possa gerar uma solução unívoca.

Kelsen (2003) salienta que a margem interpretativa permitida aos juízes, na criação da norma individual, leva necessariamente à conclusão da impossibilidade de existência de uma única solução correta para o caso concreto, mas de várias soluções, tantas quantas possíveis dentro da moldura.

Cada juiz interpretará a norma, dentro dos limites de sua liberdade, impregnando-a de pessoalidade, não sendo possível, assim, conceber a interpretação judicial como ato meramente intelectual, senão, também, como um ato de vontade.

A teoria kelseniana abre, assim, muito embora não admita explicitamente, espaço para uma discricionariedade judicial forte. Isso porque não há dúvidas de que, ante a inexistência de critérios objetivos, matemáticos e inequívocos para se assegurar os limites da moldura, a atividade jurisdicional orbitará, ao menos em grande parte, sobretudo nos chamados casos difíceis *(hard cases),* em torno do processo de imposição da vontade do aplicador mascarada por um processo jurídico-argumentativo de inserção nos limites da moldura.

Em outras palavras, o que seria, a princípio, uma ciência neutra e objetiva passaria, na *práxis* judicial, a contemplar elementos ideológicos do próprio julgador. Kelsen (2003) não ficou alheio a tal possibilidade, mas apenas

referiu que se o julgador se valesse de normas de moral, de justiça ou juízos de valor sociais, estaria a extrapolar o âmbito do Direito Positivo.

Admitindo, também, uma discricionariedade judicial forte, H. L. A. HART (2012) certifica que, em todo sistema jurídico, há casos incompletamente regulamentados, casos difíceis *(hard cases)*, para os quais o Direito não oferece solução prévia. Em tais hipóteses, exige-se a criação, por parte dos juízes, de uma norma adequada à solução da questão concreta apresentada, valendo-se de suas convicções e valores.

Todavia, Hart (2012) lembra que tal discricionariedade não pode ser exercida de forma arbitrária, requerendo-se uma justificativa, embasada numa utilização conscienciosa de princípios gerais. Tarefa legiferante, por óbvio, há, mas de maneira intersticial, diferindo, portanto, da função legislativa ordinária. Note-se que tal linha de entendimento veda ao juiz a criação de códigos ou a realização de amplas reformas, restringindo seu poder criativo simplesmente à norma reivindicada como solução do caso concreto apresentado.

A exemplo de Kelsen (2003), Hart (2012) visualizou nichos de livre atuação do julgador, espaços de escolhas provocados pela incompletude do Direito. Diferentemente de Kelsen (2003), que intentou limitar tal discricionariedade pela moldura normativa da ordenação superior, admitiu explicitamente a possibilidade de "criação de normas", buscando limitá-la apenas com um apelo à utilização conscienciosa de princípios gerais.

Como se vê, ambos autores visualizaram não só ser possível, mas também necessária, certa discricionariedade no agir judicial, em face das zonas de indeterminação do Direito, nos chamados casos difíceis. Em ambos também se percebeu alguma tentativa, embora modesta e fracassada, de mitigar tal discricionariedade, levada ao grau máximo pela completa inexistência de parâmetros objetivos para sua limitação.

Ronald Dworkin (2002) insurge-se contra o positivismo, sobretudo na versão definida por H.L.A. Hart, partindo de uma ácida crítica à

discricionariedade judicial nos chamados *hard cases,* para edificar sua teoria do Direito calcada numa flagrante aproximação entre Direito e moral.

Em seu Império do Direito, Dworkin (2003) afirma que, mesmo nos casos difíceis, o juiz não pode simplesmente indicar sua orientação pessoal. Ao contrário, remanesce seu dever de descobrir o Direito das partes envolvidas, o que só será possível pela busca dos princípios diretivos da situação concreta, a partir de uma releitura das melhores práticas jurídicas, políticas e morais da comunidade.

Defende a existência de uma dimensão moral em toda decisão judicial. Esclarece que o juiz não decide, simplesmente, quem vai ter o quê, mas quem agiu corretamente, quem cumpriu seu papel de cidadão, quem agiu com cobiça ou faltou com respeito para com os outros cidadãos. Em assim sendo, conclui ser irrefutável reconhecer que uma decisão traz em si o potencial de uma justiça ou injustiça pública. Ao apenado haverá sempre a criação de um estigma de “fora-da-lei”.

Nessa linha, Dworkin (2003) propõe a adoção do Direito como integridade, um ideal político de que o Estado aja em conformidade com um conjunto coerente de princípios de equidade (adequada distribuição do poder de voz e participação popular nas decisões políticas), justiça (adequada distribuição de bens, rendas e oportunidades) e devido processo legal (adequada maneira de julgar os cidadãos).

Em outras palavras, identifica a integridade como um processo de reconstrução da história institucional da comunidade, muito além da mera reprodução de decisões anteriores. A integridade visa à coerência, à identificação de qual princípio de justiça subjaz a uma decisão política. No Direito como integridade, as pessoas são governadas não por regras explícitas, mas também por regras extraídas dos princípios que fundamentam as decisões políticas anteriores, sejam elas de caráter legislativo ou jurisprudencial. Trata-se, portanto, de uma coerência de princípio.

Todavia, deixa claro que a integridade não nega a supremacia legislativa, tampouco o respeito às decisões anteriores, mas sim, opera, sobretudo, nos casos difíceis, naqueles nos quais a lei ou o precedente não oferecem uma solução direta e imediata.

Esquematicamente, aduz duas etapas no processo de interpretação guiado pela integridade: a adequação e o ajuste. Pelo primeiro, faz-se necessário avaliar quais as soluções que guardam pertinência com a história institucional anterior, como se o juiz fosse, na metáfora do romance em cadeia, mais um escritor encarregado de redigir o capítulo seguinte. Por meio do ajuste, deverá optar pela melhor das leituras possíveis.

Percebe-se, pois, o grande esforço empreendido por Dworkin (2003) para anular a discricionariedade judicial, em face de suas preocupações democráticas, a partir de uma interpretação construtiva das melhores práticas da comunidade, de modo a descobrir o Direito implícito e aplicável ao caso concreto.

Tal modelo, contudo, a despeito de oferecer luzes ao processo de justificação de uma decisão judicial, ao agregar coerência (segurança jurídica) e necessidade de justificação do ponto de vista da justiça e da moral, esbarra, ao fim, em dois problemas.

O primeiro caracteriza-se pela inviabilidade de, no mundo da vida, exigir-se de um juiz, solipsisticamente, a sistematicidade, tempo e esforço de uma juiz ideal Hércules. O segundo reside no fato de que o juízo de ajuste, de melhor prática institucional, radicará, em última instância, em alguma margem de subjetividade do julgador, uma vez que terá a obrigação de identificar, dentre as respostas compatíveis, a que melhor se ajusta ao caso ante os preceitos da moral política da comunidade. Não há como refutar que a leitura do que é mais ajustado sob o ponto de vista da moral política é um juízo transpassado de pré-compreensões e valores.

Desse modo, a proposta de Dworkin (2003) assegura maior legitimidade à decisão, mas ainda não é capaz de anular a discricionariedade. Concebe-se, pois, uma discricionariedade em sentido fraco.

5 LEGITIMIDADE DA DECISÃO JUDICIAL EM HABERMAS - A ANULAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE COMO CONDIÇÃO IDEAL MEDIADA PELA AUTONOMIA PÚBLICA E PRIVADA

Habermas (2010) sustenta que, ante o paradigma do Estado Democrático de Direito, o Direito e, mais particularmente, as decisões judiciais, não podem restringir-se mais ao mero racionalismo formal (segurança jurídica), como pretende o Positivismo Jurídico, devendo agregar o racionalismo material, a preocupação com a correção da medida adotada, com a legitimidade da decisão.

Destaca que o embate entre os paradigmas liberal e social resultou na formação do Paradigma de Estado Democrático de Direito, a que chama de Paradigma Procedimental. Neste paradigma, rompe-se com a miopia anterior acerca das relações de interconexão entre autonomia privada e pública, compreendendo-se que não há liberdade e igualdade sem Direito de efetiva participação política e vice-versa.

Partindo da Teoria de Direito como Integridade de Ronald Dworkin (2003), a consolidar a necessidade de legitimidade das decisões judiciais por critérios outros que não exclusivamente a segurança jurídica, Habermas (2010) supera o solipsismo do juiz ideal Hércules, propondo a adoção de uma teoria discursiva, baseada na razão comunicativa.

Isso porque, conforme avaliado por Habermas (2012), a verdade não pode ser alcançada em termos absolutos. De tal sorte, um discurso racional (processo de argumentação) o mais inclusivo possível e de caráter contínuo, no âmbito de uma relação intersubjetiva, guiado por um agir comunicativo, mediado pela linguagem, pode propiciar a aceitabilidade racional da decisão.

Assim, a correção da decisão, em vez de depender apenas da reconstrução da história institucional da comunidade, passa a vincular-se ao

próprio processo legislativo de elaboração da norma. Norma jurídica regular é a elaborada em consonância com os pressupostos do discurso, ou ainda, a que assegura a participação política de cidadãos livres e iguais, fazendo brotar da intersubjetividade e da exaustão dos debates na arena política os melhores argumentos possíveis que, por isso, mesmo, são capazes de gerar potencial consenso sob o ponto de vista racional.

Habermas acolhe, assim, a distinção de Klaus Günther (2011) entre discursos de justificação e aplicação.

Conforme Günther (2011), há uma separação entre justificação (fundamentação) e aplicação de normas no estágio pós-convencional do desenvolvimento moral.

A justificação cuida de questionar a validade da norma, de modo que válida é a norma cujos efeitos previsíveis possam ser aceitos pelos implicados, consensualmente, no âmbito de um discurso intersubjetivo. Aqui há de se ressaltar um afastamento entre Günther e Habermas, qual seja, a de que o primeiro defende que a legitimidade do Direito dependa da moral, ao passo que o último sustenta serem Direito e moral cooriginários, porém independentes. Habermas reputa válida a norma que cumpriu o regular procedimento democrático de elaboração legislativa.

A aplicação aborda a questão de adequabilidade da norma eleita para reger a situação concreta. Diz respeito, portanto, ao procedimento discursivo intersubjetivo para justificação da melhor norma, dentre todas as normas válidas, a ser aplicada à situação concreta.

Ocorre que, por vezes, a atuação jurisdicional encontra-se diante de zonas de indeterminação do Direito, *hard cases*, sendo obrigada a realizar uma interpretação construtiva. Nesse caso, Habermas postula que os discursos de aplicação devam ser complementados pelos de fundamentação, novamente num âmbito discursivo que congregue autonomia privada e política.

Do que se vê, pode-se perceber que a necessidade de ampliação da esfera do discurso deve ser proporcional à margem de indeterminação do Direito, em respeito à separação das funções estatais.

Habermas (2010) adota, ainda, a natureza deontológica dos princípios identificada em Dworkin (2002), criticando a tendência teleológico-valorativa de Robert Alexy (2011), que os concebe como mandamentos otimizáveis, ou seja, preferências valorativas.

Percebe-se, pois, que a teoria procedimental de Habermas oferece um poderoso mecanismo de legitimidade democrática à decisão judicial.

Com efeito, ainda é possível apontar que o julgador, no âmbito dos discursos de aplicação, tenha alguma margem de escolha. Isso porque, mesmo no âmbito de um discurso intersubjetivo, a verificação da possibilidade de consenso ainda é um juízo projetivo racional, decorrente do cumprimento de um procedimento inclusivo de participação que proporcione a coleta das melhores razões e dos melhores argumentos.

Jamais uma decisão judicial de cunho procedimental poderá demonstrar, empírica e cabalmente, a despeito de seu esforço de fundamentação racional, ser promovedora de um consenso geral. Esse sempre será presumido pelo procedimento democrático empregado.

Convém lembrar, entretanto, que a impossibilidade ora apontada não se constitui numa particularidade da teoria habermasiana, visto que reside na já apontada discricionariedade residual existente em qualquer decisão judicial, seja qual for o modelo teórico adotado. Afinal, ao julgar qual a melhor solução para um caso concreto, a mais democrática e inclusiva, todo juiz o fará com seu esquema de pré-compreensões.

Ocorre que, diferentemente de outras teorias, Habermas intenta a redução da discricionariedade não pela mera argumentação jurídica, pela revelação da tradição, por princípios gerais do sistema jurídico ou por uma fluida moldura normativa. Sua tentativa de mitigação da discricionariedade converge exatamente para o que o autor chama de validade, correção ou

aceitabilidade racional, que requer, ao lado da preservação das garantias processuais, um particular elemento de fundamentação: um procedimento democrático de tomada de decisão, marcado por um discurso intersubjetivo que contempla a participação dos eventuais implicados, cidadãos livres e iguais que, ao exporem seus múltiplos pontos de vista, interesses e opiniões, numa atmosfera pluralista, contribuem para a formação da melhor resposta possível que, por conta de tal caráter, é potencialmente geradora de consenso.

É nesse sentido que Marcelo Cattoni (2004) defende que uma teoria interpretativa consonante com o Estado Democrático de Direito exige que as decisões judiciais sejam não só consistentes com as decisões anteriores sobre casos análogos e com a normatividade vigente. Requer-se, além disso, que as decisões sejam racionalmente fundamentadas diante dos casos concretos apresentados, de tal modo que os cidadãos possam perceber tal racionalidade e com ela aquiescer.

Em linha assemelhada, encontra-se a teoria procedimental do controle de constitucionalidade proposta por John Hart Ely (2010), erigida sob forte inspiração democrática, a sustentar que, num democracia representativa, as escolhas substantivas devem ser feitas pelos representantes eleitos e não por juízes indicados.

Nesse compasso, a intervenção do judiciário deve limitar-se às situações em que o suposto “processo democrático” não mereça confiança, o que se verificaria em duas situações: 1) obstrução dos canais de participação e de comunicação política para determinado grupo, ou seja, negativa de voz e voto; 2) violação a Direitos constitucionais de minorias, privando-as de Direitos que o sistema representativo outorga a outros grupos, a despeito de terem tido Direito a voz e voto.

Com efeito, a teoria de Jonh Hart Ely aplica-se, de forma mais imediata, especificamente à jurisdição constitucional. Todavia, crê-se que o debate sobre a legitimidade da atuação legiferante dos juízes e sua crítica ante os pressupostos democráticos de representatividade popular pode ser estendido à jurisdição ordinária. Afinal, a discricionariedade forte ou ativismo, tanto em uma

seara quanto em outra, representa a mesma indevida intromissão do judiciário em processos reservados ao processo legiferante das democracias.

Ocorre que, do exposto, pode-se notar que toda a democracia procedimental de Hart Ely conjuga-se com a mera possibilidade de constatação, por parte da Suprema Corte, de alguma desconfiança com o processo democrático de elaboração da norma. Mas esta ainda parece ser uma tarefa a ser realizada de maneira isolada, por parte exclusivamente dos julgadores, sem qualquer participação dos eventuais interessados, sem que seus argumentos possam ser levados em consideração, sem o amparo de uma razão comunicativa que gere a aceitabilidade racional da decisão por conta do discurso intersubjetivo.

6 OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO E PAPEL DO SENADO FEDERAL – MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL OU DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL EM SENTIDO FORTE?

O Controle Judicial de Constitucionalidade, conforme preleciona Luís Roberto Barroso (2012), encerra papel fundamental no Estado Democrático de Direito, legitimando-se, embora como tendência contramajoritária em relação a maiorias legislativas eventuais, como mecanismo garantidor da supremacia constitucional e da proteção aos Direitos fundamentais. É, por assim dizer, a expressão instrumental da Jurisdição Constitucional.

Pode-se falar, lastreado nas lições de Mauro Capeletti (1994) e com as escusas inerentes ao reducionismo da presente síntese, que existem dois grandes modelos de fiscalização da constitucionalidade: o sistema difuso ou americano e o sistema concentrado ou austríaco. Além disso, convém notar a existência de modelo híbrido, a conjugar elementos das já citadas estruturas de controle, como ocorre no Brasil.

Capeletti (1994) esclarece que no sistema difuso, *Judicial Review,* o poder de controle é atributo de todos os órgãos judiciários, que o exercem de forma incidental, quando do julgamento das causas que lhe são submetidas, portanto, ante um caso concreto. Tal modelo fundamenta-se na mera decorrência da atividade judicial de interpretação e aplicação das leis,

adotando a eficácia *erga omnes* das decisões prolatadas pela Suprema Corte, consubstanciando-se o princípio do *Stare Decisis*.

No sistema concentrado, idealizado por Hans Kelsen, o poder de controle está reservado, exclusivamente, a um único órgão, a Corte Constitucional, cujas decisões são adotadas em via principal, com eficácia *erga omnes,* não cabendo aos juízes exercer o controle de constitucionalidade, facultando-lhes, quando muito, a exemplo da Alemanha e Itália, a possibilidade de suspensão do processo com remessa da 'Questão de Constitucionalidade" ao Tribunal Constitucional.

O modelo híbrido, adotado pela jurisdição constitucional brasileira desde a Emenda Constitucional n. 16/65 e consagrado pela Constituição de 1988, representa um sincretismo entre os prefalados arquétipos, conjugando tanto a possibilidade de controle difuso, nas ações concretas, quanto concentrado, nas ações abstratas.

Acerca dos efeitos das decisões em cada modelo de controle, desde há muito a hermenêutica constitucional consolidou-se no sentido de que, em sede de controle abstrato, por ser o juízo de (in)constitucionalidade o próprio pedido da ação, os efeitos seriam *erga omnes* e vinculantes. Ao revés, no contexto do controle incidental, os efeitos seriam apenas *inter partes,* porquanto a inconstitucionalidade constituir-se-ia em mera questão prejudicial, *causa petendi,* podendo haver, entretanto, extensão da eficácia particular da decisão do Supremo Tribunal Federal para eficácia geral, acaso o Senado Federal, no exercício da competência constitucional privativa insculpida no art. 52, X, decidisse, por resolução, suspender a execução da lei declarada inconstitucional *incidenter tantum.*

Todavia, avulta na doutrina e jurisprudência especializadas, conforme se notabiliza no HC 82.959/SP, RE 197.917/SP e na Rcl 4335, a tese de objetivação dos efeitos do recurso extraordinário, sob o argumento de que a eficácia da decisão da Suprema Corte em controle incidental deve equivaler à do controle principal, em nome da eficiência, isonomia e racionalidade sistêmica, confirmando-se, assim, o caráter de Corte Constitucional do STF.

Percebe-se, assim, o intento de incorporação do instituto do *Stare Decisis,* ou efiácia geral e vinculante das decisões adotadas em controle difuso.

Para tanto, sustenta-se a existência de mutação constitucional no art. 52, X, do qual se deveria extrair, hodiernamente, o papel do Senado Federal como mero órgão apto a dar publicidade à decisão prolatada.

Konrad Hesse (2009) constrói seu modelo teórico a partir de um ataque à noção de “Constituição folha de papel”, de Ferdinand Lassalle. Conforme Hesse (2009), Lassale erigiu um modelo em que as normas constitucionais, chamadas de Constituição jurídica, seriam meramente figurativas, porque a Constituição real seria a conjugação dos fatores reais de poder, representados pelo poder militar, social, econômico, cultural, entre outros. Noutras palvras, para Lassale, a realidade subjuga a normatividade.

Hesse (2009) nota, entretanto, que a assunção de tal hipótese implicaria reconhecer a negativa do próprio valor científico do Direito constitucional, cuja função ficaria restrita a justificar as relações de poder e não à construção ou preservação de uma ordem estatal equânime. Com esse raciocínio, elabora o conceito de força normativa, segundo o qual a “Constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado.” (HESSE, 2009, p. 126)

Isso não significa, porém, que a Constituição possa estar completamente desconectada da realidade social. Entre a realidade e a normatividade não deve haver uma relação de exclusão, mas de coordenação. É preciso, pois, fugir das teorias extremas que preconizam, de um lado, a existência de normas sem qualquer conteúdo de realidade (Formalismo Jurídico) ou, por outro, a existência de uma realidade completamente livre de normatividade.

Hesse (2009) sugere que tal ponto de equilíbrio esteja na observância dos pressupostos de conteúdo normativo correspondente à realidade e à vontade de constituição. O primeiro representa a necessidade já citada de se aproximar a normatividade de sua realidade histórica. O segundo representa um sentimento, uma consciência compartilhada pelos cidadãos sobre três aspectos: a) da necessidade de uma ordem jurídica inviolável, visando a

proteger o Estado das decisões arbitrárias; b) de que a ordem jurídica não se legitima só pelos fatos; c) de que a ordem jurídica só é efetiva com a adesão humana.

Em breve síntese, a hipótese da força normativa indica a necessidade de respeito às normas constitucionais, não só porque elas representam a consagração da realidade social, mas porque garantem a proteção do próprio Estado.

Há, portanto, uma tensão perene entre realidade e normatividade, numa relação de interconexão, e a Constituição deve ser (re)construída sobre tal dilema, viabilizando-se interpretações que confiram máxima eficácia a suas normas, observado o programa normativo e a própria realidade social. Acaso a normatividade mostre-se completamente esvaziada de realidade, impor-se-á a revisão constitucional, conceito este que não se confunde com mutação constitucional.

Hesse (2009) afasta a noção Kelseniana de mutação constitucional que pressupunha um processo lento e imperceptível de alteração do sentido do texto. Hesse combate a necessidade dos quesitos de duração e caráter inconsciente, por não se constituírem no núcleo do instituto.

Após debater sobre as duas grandes teses acerca da mutação constitucional, quais sejam, a) alteração do sentido, conteúdo da norma constitucional, sem modificação do texto ou b) contradição entre Constituição e realidade constitucional, opta pela primeira, levando em consideração a força normativa da Constituição.

Discorre, nesse sentido, que a mutação constitucional encontra limites na própria normatividade da Constituição. Dessa maneira, alterações da realidade social só poderão acarretar nova interpretação de dispositivos constitucionais se a nova intelecção inserir-se no campo interpretativo do próprio texto, programa normativo constitucional. Nas palavras do autor, “Portanto, o texto da Constituição se erige em limite absoluto de uma mutação constitucional...” (HESSE, 2003, p. 169).

Portanto, não há mutação constitucional se houver contradição com o texto da norma. Ao revés, nessa hipótese, cuidar-se-á de ruptura, anulação constitucional.

Habermas (2010) ensina que a análise sobre a jurisdição constitucional, notadamente a possibilidade de um órgão aplicador criticar ou anular o produto do processo legislativo, é questão que representa, quase sempre, um embate ao redor do princípio da "separação de poderes".

Destaca que o controle abstrato de normas é uma função característica do legislador. Assim, transferir tal competência para o tribunal constitucional envolveria uma fundamentação complexa, mas afirma a importância do controle de constitucionalidade como elemento afirmador da clareza e coerência de uma ordem jurídica.

Habermas (2010) procura, então, demonstrar a evolução do princípio da "separação de poderes" entre os diversos paradigmas constitucionais. No Estado Liberal, a decisão judicial deveria ficar limitada a reproduzir as ações passadas do legislador. No Estado Social, abre-se caminho para o uso de princípios e, em razão deles, de uma interpretação construtiva do caso concreto, o que amplia a atuação do judiciário e o submete a críticas. Tal margem de liberdade, afirma o autor, reputa-se justificada quanto mais próxima estiver dos Direitos fundamentais em sua leitura moderna.

Habermas (2010) nota que, dada a complexidade das relações sociais atuais, a atuação judicial, usualmente, vê-se obrigada a utilizar princípios. Mas utilizar princípios significa transcender a mera interpretação do texto normativo e, assim, coloca-se um outro problema: assegurar que a abertura interpretativa não se desvirtue numa criação jurídica de cunho político, porque reservada à instância legiferante.

Habermas critica a "doutrina da ordem de valores" desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, para o qual sendo o Direito é uma ordem concreto de valores, prima por uma atuação judicial voltada para a chamada ponderação de valores. O autor é categórico ao afirmar que Direitos não são valores e que o critério de ponderação de Alexy é um discurso frágil.

Explica a distinção entre o caráter deontológico e valorativo dos princípios. No primeiro, o princípio é visto como norma, como mandamento de caráter binário, válido ou inválido, que cumpre a função de estabilização de expectativas sociais. Valores, ao contrário, são meras preferências consideradas dignas no seio de determinadas coletividades.

Ressalta que a atuação judicial deve buscar a correção, mas que o sentido desta, a depender de um modelo deontológico ou valorativo, varia. Deontologicamente, a correção se dá pela utilização de normas válidas, com uma ação "igualmente boa para todos". Já na ordem valorativa, a correção se expressa em termos do que "é bom para nós", o que configura uma espécie de legislação concorrente. (HABERMAS, 2010, p. 317)

É nesse sentido que Habermas (2010), apoiando-se em Dworkin, interpreta Direitos fundamentais como princípios deontológicos. E remata que jamais a escolha de um princípio em detrimento de outro será uma operação lógica, mas, ao contrário, uma ação arbitrária, de cunho subjetivo. É precisamente no âmbito dos discursos de aplicação que a jurisdição constitucional concreta se legitima.

Admite, com lastro em Dworkin, a existência de casos difíceis (*hard cases)*, que demandam uma interpretação construtiva, calcada em princípios, e afirma que a jurisdição constitucional só se ocupa de tais casos. Admite, inclusive, a colisão entre normas abertas, disciplinando a solução em termos de discurso de aplicação. Assim, cabe ao julgador selecionar, dentre todas as normas válidas aplicáveis *prima facie,* a mais adequada para reger aquele determinado caso concreto. Por óbvio, casos distintos revelarão adequações distintos, mas sempre sob a reserva da coerência e sob o preceito dworkniano de que cada caso encerra uma única resposta correta.

Habermas (2010) ressalta, ainda, a distinção entre discursos de aplicação e justificação de Klaus Günther. Discursos de aplicação cuidam apenas da aplicação da norma, exigindo apenas a presença das partes e de um terceiro imparcial. Já os discursos de justificação representam discursos

políticos, visando à fundamentação da norma e, por isso, exigem a inclusão de todos os implicados.

Nessa esteira de entendimento, sublinha que, na análise de um caso concreto, a jurisdição constitucional deve limitar-se à aplicação de normas constitucionais pressupostamente válidas, velando pelas autonomias privada e pública do cidadão, pelo regular procedimento democrático de elaboração das leis.. Uma jurisprudência ofensiva será admitida, porém, quando se cuidar de afirmar o seu papel de guardião da democracia deliberativa.

Habermas (2010) defende, com esteio no republicanismo, que a legitimidade das leis decorre do processo democrático de sua gênese. Reconhece, porém, que entendida a constituição como um sistema normativo que assegura o nexo interno entre as autonomias pública e privada, uma jurisprudência ofensiva do Tribunal Constitucional é, por vezes, exigida, desde que direcionada para a imposição do procedimento democrático.

Percebe-se, assim, que Habermas (2010), de maneira alguma, defende qualquer forma de ativismo judicial ou decisionismo. Ao contrário, repugna-o, uma vez que a legitimidade de uma decisão judicial afere-se pelo cumprimento de normas de validade pressuposta por um procedimento legislativo democrático.

CONCLUSÃO

Considerando a exposição teórica precedente, infere-se que a tese de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal, não encontra sustentação teórica adequada ante os pressupostos legitimadores da atuação judicial sob o paradigma de Estado Democrático de Direito.

Primeiro, porque a interpretação proposta ao art. 52, Inciso X, claramente desborda dos limites semânticos delimitados por seu texto, o que vulnera, conforme Konrad Hesse (2009), a força normativa da constituição, revelando-se, não uma mutação, mas uma ruptura constitucional.

Note-se que a realidade não pode se impor à normatividade, haja vista a relação de coordenação e não de subordinação que marca tais esferas, sob

pena de se resgatar a força dos fatores reais de poder, criando a instabilidade de um modelo constitucional quebrantável, fluido, incapaz de oferecer qualquer garantia ou segurança quanto às expectativas geradas.

Se a realidade revela novas necessidades ou práticas, incompatíveis com as normas constitucionais atuais, é caso de se proceder, democraticamente, a uma revisão constitucional, mas não de violar o conteúdo expresso de uma norma constitucional, comprometendo o princípio da máxima eficácia das normas constitucionais.

Tal princípio, diga-se de passagem, ainda seria maculado pela ineficácia reflexa gerada sobre o art. 103-A da Constituição Federal. Isso porque já há um modelo de *stare decisis* reconhecido pela normatividade constitucional, a exigir manifestação de 2/3 dos membros do Supremo Tribunal Federal, após a sedimentação de entendimentos sobre casos concretos. Acolher a tese de mutação constitucional do art. 52, X significaria admitir a existência de efeitos gerais e vinculantes para toda e qualquer decisão adotada em controle difuso, a exigir simples maioria de membros, o que retiraria toda e qualquer razão de ser da previsão constitucional atinente a súmulas vinculantes. Afinal, para que expedir súmulas vinculantes, se toda e qualquer decisão já encerrasse, em si mesma, todos os efeitos inerentes àquelas?

A análise da tese de mutação constitucional do art. 52, X desafia, também, os limites habermasianos impostos à jurisdição constitucional, ante a ilegitimidade democrática e a incoerência sistêmica.

O Supremo Tribunal Federal estaria a atuar, portanto, muito além dos discursos de aplicação, que prevêem, exatamente, a aplicação de uma norma pressupostamente válida. Em verdade, estaria a discutir a própria justificação, fundamentação da norma constitucional, a partir de critérios funcionalistas, negando vigência ao texto constitucional e toda história constitucional interpretativa de eficácia *inter partes* do controle difuso, existente desde a Constituição de 1934.

Na linha das considerações que precederam a análise da jurisdição constitucional, pode-se afirmar que a tese de mutação constitucional, nos termos expostos, representa uma discricionariedade judicial em sentido forte. E note-se, subverter o texto implica um paroxismo da discricionariedade, criacionismo judicial.

Nessa linha de entendimento, convém lembrar alguns índices de ativismo judicial elaborados por Bradley Canon (1983), como a quebra da fidelidade e estabilidade interpretativas. A primeira, pela flagrante contradição com o texto da norma. A segunda, em razão da reviravolta interpretativa.

Por conseguinte, admitir a tese de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal implica admitir uma ruptura ao texto, ou mudança em seu padrão interpretativo sem a escusa necessária de maior adequação ao procedimento democrático, constituindo-se, assim, uma discricionariedade forte ou ativismo judicial, incompatível com os pressupostos discursivos e com o paradigma de Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. 2 ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de filosofia do Direito. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

CANON, Bradley. **Defining the dimensions of judicial activism.** In: Judicature. v. 66, n. 6, p. 236-247, dec./jan. 1983.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico.** 10 ed. Tradução Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editoria Universidade de Brasília, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no Direito comparado.** 2 ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

CARVALHO NETO, Menelick de Carvalho. **A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. In: DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**: um artigo de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: _____. **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério.** Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

______. **O império do Direito.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução Juliana Lemos. Revisão técnica Alonso Reis Freire. Revisão da tradução e texto final Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini. 11 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na moral** : justificação e aplicação. Tradução Cláudio Molz. Coordenação, revisão técnica e introdução à edição brasileira Luiz Moreira. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. Volume 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

_____. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada.** Tradução de Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HART, H. L. A. **O conceito de Direito.** Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. Revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica Luiz Vergílio Dalla-Rosa. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**: textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

JAPIASSU, Hilton. **O mito da neutralidade científica.** Rio de Janeiro: Imago, 1975.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do Direito.** Tradução Elza Maria Gasparotto. Revisão da tradução Denise Matos Marino. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional.** Tradução de Menelick Carvalho Neto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

STRECK, Lênio. **Verdade e consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CAPÍTULO 3

O CRIME DE MAUS TRATOS A ANIMAIS: A ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O NOVO TRATAMENTO DADO PELO ANTEPROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO PENAL – SERÁ O DIREITO PENAL A MELHOR SOLUÇÃO PARA REPRIMIR/PREVENIR TAL PRÁTICA?

Marcelo Turbay Freiria
DOI 10.11117/9788565604109.03

Introdução

A crueldade contra animais é obviamente uma prática repugnante, que merece uma devida repressão, seja pelos instrumentos de controle sociais, seja mediante a atuação do Estado.

Mas será o Direito Penal o instrumento mais adequado para coibir tal prática? O ordenamento brasileiro dispõe de outros caminhos mais indicados?

O presente estudo pretende, mesmo que brevemente, analisar o fenômeno do recrudescimento da legislação penal no Brasil, partindo do paradigmático delito de "crueldade (ou maus tratos) contra animais, em que será tratado o fenômeno da descriminalização de condutas penais, empregando-se os pressupostos teóricos do Direito de Mera Ordenação Social, de origem portuguesa.

O estudo abordará ainda aplicação da teoria do bem jurídico penal de Claus Roxim pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao referido delito, que foi objeto aumento exorbitante da pena imposta no recente anteprojeto de reforma do código penal brasileiro, discutindo-se, ao final, outros mecanismos de repressão ao delito distintos do Direito Penal, como o Direito de Mera Ordenação Social.

Será tomado como paradigma jurisprudencial, para a análise a que se propõe, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.856/RJ[48], que versou sobre a inconstitucionalidade da Lei estadual nº 2.895/98, do estado do Rio de Janeiro, que legitimava a realização de exposições e de competições entre aves, popularmente conhecida como “rinha de galos”.

Tal julgado – muito embora restrito a uma imputação penal específica e que, numa primeira análise, não suscita maiores preocupações no que importa ao combate à criminalidade – acabou fomentando uma profunda discussão teórica, que reflete diretamente no sistema penal brasileiro, na medida em que tratou da dicotomia criminalização x descriminalização de condutas penais a partir da análise do valor do bem jurídico envolvido.

Será analisado ainda se o posicionamento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal na ocasião, ao entender pela inconstitucionalidade da Lei estadual, reafirmando a existência e plena vigência do delito de maus tratos a animais, previsto no art. 32, da Lei 9.605/1998, acabou aplicando a teoria do bem jurídico de forma francamente contrária às proposições de Claus Roxim, rendendo-se apaticamente à validade da proposição legislativa.

Importe frisar que não se está a defender aqui qualquer hipótese de violência contra animais, que merecem sim enorme atenção do Estado e a interferência necessária do Poder Público para coibir qualquer prática dessa natureza.

O escopo do presente estudo, ao abordar o crime em questão é, tão somente, à luz da teoria do bem jurídico penal, oferecer um panorama crítico em relação ao tratamento da conduta de maus tratos aos animais como ilícito penal, considerando outras hipóteses de repressão e prevenção que não a criminalização da conduta, tais como aquelas propostas pelo Direito de Mera Ordenação Social.

---

[48] ADI 1856, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 26/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-02 PP-00275 RT v. 101, n. 915, 2012, p. 379-413

2 O crime de maus tratos a animais: novos contornos do recente anteprojeto de reforma do Código Penal Brasileiro e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria

Em 07 de setembro de 1998 foi proposta pelo Procurador-Geral da República a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.856/RJ, que versava sobre a inconstitucionalidade da Lei estadual nº 2.895/98, que permitia a realização da chamada “rinha de galos”.

Na inicial da ADIN, o Procurador-Geral da República sustentou a inconstitucionalidade do referido diploma legal, destacando que tal regramento ofendia o art. 225, caput, c/c o §1º, inciso VII, da Carta Magna.

Quando do julgamento, ocorrido em 26/05/2011, o Ministro Celso de Mello, então relator, fez constar em seu voto:

> O autor da presente ação direta, ao sustentar a inconstitucionalidade da “briga de galos”, porque incompatível com a cláusula constitucional que protege os animais contra a crueldade, questionou, em sua globalidade, a Lei nº 2.895/1998, editada pelo Estado do Rio de janeiro, pelo fato de, reconhecida a sua invalidade jurídica, não poder subsistir em sua integralidade, eis que, insista-se, todas as regras constantes acham-se instrumentalmente vinculadas e funcionalmente vocacionadas a tornar viável e operacional, naquela unidade da Federação, uma prática que o ordenamento positivo brasileiro considera ilícita e criminosa, como resulta claro do art. 32 da Lei nº 9.605/1998 (...).

O art. 32, da Lei 9.605/98, prevê o denominado crime de maus tratos a animais, descrevendo uma sanção de três meses a um ano e multa a quem ”*praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos.*”

O Plenário do Supremo Tribunal, ao final, julgou procedente, por unanimidade, a ADIN, declarando a inconstitucionalidade da Lei nº 2.895/98 e, por consequência, reafirmou a constitucionalidade do delito de maus tratos a animais, previsto no dispositivo acima transcrito, eis que em consonância com o art. 225, c/c §1º, inciso VII, da Carta Magna.

O relator do referido processo, Ministro Celso de Mello, ao reconhecer a plena vigência do referido delito de maus tratos, julgando a lei estadual como inconstitucional, afirmou no voto que a tipificação legal teria amparo constitucional, reconhecendo como bem jurídico protegido o "*meio ambiente ecologicamente equilibrado*", constante do art. 225, caput, da C.F. O voto contou com o seguinte trecho:

> É importante assinalar, neste ponto, que a cláusula inscrita no inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição da República, além de veicular conteúdo impregnado de alto significado ético-jurídico, justifica-se em função de sua própria razão de ser, motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitar todas as formas de vida, não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal cuja integridade restaria comprometida por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais.

Em outra passagem do voto, o Ministro Celso de Mello assim dispôs:

> O ordenamento constitucional brasileiro, **para conferir efetividade e proteger a integridade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**, visando, com tais objetivos, neutralizar o surgimento de conflitos intergeneracionais, impôs, ao Poder Público, dentre outras medidas essenciais, a obrigação de proteger a fauna, vedadas, para tanto, práticas que coloquem em risco sua função ecológica ou que provoquem a extinção de espécies ou, ainda, que submetam os animais a atos de crueldade. (grifos aditados)

O crime de maus tratos a animais, inequivocamente, trata genericamente e indistintamente os animais, sem atentar para a circunstâncias de eles integrarem ou não o ecossistema, muito embora a justificação do tipo penal invoque como bem jurídico a proteção ao "*meio ambiente ecologicamente equilibrado"*, previsto no art. 225, *caput*, da C.F.

O plenário do Supremo Tribunal Federal, a despeito do dispositivo constitucional criar uma hipótese de diferenciação – sugerindo que o que se está a proteger seria o meio ambiente ecologicamente equilibrado e não a universalidade dos animais, estejam eles integrados ao meio ambiente ou não

– entendeu neste julgamento que o âmbito de proteção contra a crueldade alcança todos os animais, conforme se observa do voto condutor:

> Impende assinalar que a proteção conferida aos animais pela parte final do art. 225, § 1º, inciso VII, da Constituição abrange, consoante bem ressaltou o eminente Ministro CARLOS VELLOSO, em voto proferido, em sede cautelar, neste processo, **tanto os animais silvestres quanto os domésticos ou domesticados**, nesta classe incluídos os galos utilizados em rinhas, pois o texto constitucional, em cláusula genérica, vedou qualquer forma de submissão de animais a atos de crueldade.(grifos aditados)

O Ministro Luis Fux, ao votar neste julgamento paradigma, também esclareceu que o fundamento de validade para a tipificação da conduta de maltratar animais é constitucional, na forma do art. 225, cumulado com o §1º, inciso VII, da C.F. Observe-se:

> Com relação ao meio ambiente, no meu modo de ver, este aqui é o princípio-regra, que, inclusive, supera regras infraconstitucionais, quando dispõe, dentre as obrigações da defesa a todos, a defesa do meio ambiente:
> "VII - proteger a fauna e a flora, - excluída a expressão vedadas na forma da lei - vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade".
> A Constituição tem normatividade suficiente para, ela própria, proibir essa prática. E nós estamos em sede de confronto entre uma legislação local e a Constituição Federal.

O Ministro Dias Toffoli também reafirmou que o bem jurídico que confere fundamento ao tipo penal do art. 32, da Lei 9.605/98 seria aquele previsto no art. 225, da Carta Magna, não deixando dúvidas a respeito do pleno reconhecimento da teoria do bem jurídico pelo Supremo Tribunal. Sintetizou o Ministro:

> Devo observar que o art. 32 da Lei n° 9.605/98 qualifica-se como preceito incriminador que incide nos casos de inobservância ou de transgressão à regra constitucional (CF, art. 225, § 1º, inciso VII), promulgada com o objetivo de proteger a fauna, vedando práticas que, além de colocarem em risco a sua função ecológica ou ensejarem a

> própria extinção das espécies, também submetam "os animais à crueldade".

No âmbito legislativo, em junho de 2012 foi apresentado pela Comissão de juristas responsáveis pela redação – criada pelo Requerimento 756/2011, combinado com o Requerimento 1.034/2011, do Senado Federal – o anteprojeto de reforma do Código Penal Brasileiro, que agora está em tramitação perante o Congresso Nacional.

O crime de maus tratos a animais, antes previsto na Lei de Proteção ao meio ambiente (Lei 9.605/98), foi contemplado pelo anteprojeto de reforma do Código Penal, passando não apenas a integrar o diploma, como sofreu um rigoroso acréscimo na sanção penal cominada, que passou de uma pena de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano para uma pena de prisão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, conforme se observa do art. 391, do referido documento[49].

Note-se, pois, que o crime de maus tratos a animais não apenas já teve a constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, como acabou sofrendo uma interpretação extensiva, incluindo-se todos os tipos de animais no âmbito de proteção, mesmo que o bem jurídico penal formalmente invocado pelo STF como fundamento de validade do tipo penal confira proteção ao "*meio ambiente ecologicamente equilibrado*".

Note-se que o §1º, inciso VII[50], do art. 225, da C.F, ao tratar genericamente sobre os animais, assim o faz em consonância com o *caput*, obviamente se referindo aos animais que integram o meio ambiente, protegendo assim a função ecológica da fauna.

---

[49] Art. 391. Praticar ato de abuso ou maus-tratos a animais domésticos, domesticados ou silvestres, nativos ou exóticos:
Pena - prisão, de um a quatro anos.

[50] Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações.
§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

E as novidades não param por aí. Agora o anteprojeto de reforma do código penal traz ainda um desproporcional e considerável aumento de pena e, caso venha a ser aprovado pelo Congresso Nacional, significará um duro golpe para o movimento de descriminalização de condutas penais, no que se refere ao delito apontado, pelo menos.

Nesse aspecto, é ilustrativo mencionar, ademais, trecho de uma entrevista concedida pela procuradora de justiça do Ministério Público de São Paulo e integrante da Comissão de Juristas para a Reforma do Código Penal, Luiza Eluf, ao sítio eletrônico "*Crueldade Nunca Mais*"[51].

Na oportunidade, a procuradora teria afirmado, segundo a matéria jornalística constante do sítio, que "*a aprovação do texto foi um grande avanço, (...), podendo ser aplicada a punição de seis anos para quem maltratar um animal e causar sua morte, equiparou animais a seres humanos, pois esta é a pena aplicada para homicídio simples*."

Segue transcrição do trecho da entrevista que ora importa[52]:

> Crueldade Nunca Mais - Com os agravantes aprovados na redação do anteprojeto, as penas podem ultrapassar seis anos de prisão, na prática o que isso significa?
> Dra. Luiza Eluf - A pena de seis anos de prisão é prevista para o homicídio simples. Estamos equiparando os animais aos seres humanos, o que é muito positivo e educativo. Nós, que amamos os animais e a natureza, alcançamos um grande progresso na Comissão de Reforma do Código Penal.

Observe-se, portanto, que a integral constitucionalidade do tipo penal de maus tratos a animais, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, conjuntamente à apresentação do texto do referido anteprojeto de reforma do Código Penal, que amplia sobremaneira a pena aplicada – ignorando completamente um juízo de razoabilidade, proporcionalidade e a necessária

---

[51] http://www.crueldadenuncamais.com.br
[52] Disponível em: < http://www.crueldadenuncamais.com.br/codigo_penal.php>, consultado em 27/08/2012.

observância da teoria do bem jurídico –, mostram que o país está a enfrentar uma autêntica banalização do Direito Penal.

Observe-se que isso não significa que os animais que não integram o meio ambiente, ou os ecossistemas naturais, mereçam ficar desprotegidos da tutela do Estado, muito pelo contrário. Merecem sim, evidentemente, uma especial proteção, mas não necessariamente atribuída pelo sistema penal, que sempre deverá se reger mediante a observância do princípio da subsidiariedade e conforme a perspectiva da teoria do bem jurídico de Roxim.

Tal circunstância – o tratamento conferido pelo ordenamento e pela jurisprudência brasileira ao referido crime – merece ser analisada sob o prisma científico, para que seja possível melhor compreender, por um imperativo de coerência, como o país tem se pautado a respeito do recrudescimento da legislação penal, seja pela inclusão de novas condutas no rol de crimes, seja pelo aumento das penas.

3 Análise do emprego da teoria do bem jurídico penal de Roxim pelo Supremo Tribunal Federal ao aferir a constitucionalidade do crime de maus tratos a animais.

No caso paradigmático em questão, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a inconstitucionalidade da lei estadual que versava sobre “rinha de galos”, acabou reafirmando a constitucionalidade do artigo 32, da Lei 9.605/98 e reconhecendo um sentido mais amplo, de que a proteção penal deverá se estender a todos os animais, indistintamente, sejam eles domésticos, selvagens, domesticados, em cativeiro, ignorando assim que o bem jurídico que orienta a tipificação determina a proteção ao “*meio ambiente ecologicamente equilibrado*”.

O sistema penal brasileiro orienta-se pela doutrina de necessária proteção de bens jurídicos como forma de legitimar a tutela penal e a ser exercida pelo Estado na forma de aplicação de sanções penais¸ na ótica do princípio da ofensividade. (GRECO, 2011, p. 75)

Nesse aspecto, cumpre trazer ensinamento do professor Luis Greco, nos seguintes termos:

> (...) O decisivo é, isso sim, a combinação entre bem jurídico e estrutura do delito, combinação essa que se mostrou muito mais diferenciada do que até então se supunha. Ocorre que, sem as considerações sobre o bem jurídico e nele fundadas, toda a análise, tanto a referida conformidade constitucional, como a que diz respeito à estrutura do delito, permaneceria, por assim dizer, nas nuvens. O bem jurídico é o ponto de fuga das figuras de imputação, a pedra angular substancial de uma norma – a despeito dos protestos dos críticos. (GRECO, 2011, p. 76/77).

A importância do bem jurídico deve ser compreendida de modo que a intervenção estatal penal dependa da "necessidade de proteção subsidiária de bens jurídicos e as da salva-guarda das regras culturais de comportamento público, tudo dentro de marcos constitucionais e de controles democráticos" (ROXIM, 2009, p. 30), na esteira do pensamento de Roxim, que ensina:

> (...) Ao lado do princípio de proteção de bens jurídicos aparece, com um mesmo grau, o de subsidiariedade., segundo o qual somente se deve ameaçar com pena quando regulações civis ou jurídico-administrativas mais leves ou outras medidas político-sociais não sejam suficientes. O Direito Penal é, como sempre disse, subsidiário da proteção de bens jurídicos. Mas isso não retira o significado do conceito de bem jurídico (...). (ROXIM, 2009, p. 30)

Pois bem, há que se analisar, em um necessário juízo de ponderação de interesses, quais os direitos/interesses – ou seja, os bens jurídicos – contrapostos na ocasião, de modo a se compreender se de fato não há bem jurídico a ser protegido penalmente com o estabelecimento do crime de maus tratos a animais, aqui em análise.

Esclarece Roxim que o injusto penal pressupõe uma lesão ou colocação em perigo do bem jurídico e que a teoria da imputação objetiva orienta os limites da criminalização de condutas, mediante a ponderação de interesses, com vistas à proteção da liberdade. (ROXIM, 2009, p. 11)

Dessa forma, é evidente que a penalização de determinado comportamento deve passar, necessariamente, por uma legitimação substancial, com amparo constitucional, não podendo ficar adstrita, simplesmente, à mera discricionariedade do legislador (ROXIM, 2009, p. 11).

Ademais, o sistema penal brasileiro igualmente agasalha a concepção de que cabe ao Direito Penal proteger somente "*bens jurídicos concretos e não convicções políticas ou morais, doutrinas religiosas, concepções ideológicas do mundo ou simples sentimentos*" (ROXIM, 2009, p. 12)

Nesse aspecto, para fins de aferição da constitucionalidade do crime de maus tratos a animais (art. 32, do Código Ambiental), cumpre investigar, numa perspectiva dogmática, quais os bens jurídicos sob ponderação quando da incriminação da conduta de "praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos".

Estabelece o art. 225, da Constituição Federal, *caput* e §1º, inciso VII:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações.
> § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
> (...)
> VII - **proteger a fauna e a flora**, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Note-se, portanto, que a proteção à fauna tem status constitucional, na medida em que o legislador originário buscou proteger sua função ecológica, prevenindo assim a extinção de espécies ou submissão de animais à crueldade.

José Afonso da Silva, em comentários ao art. 225, da CF, sustenta que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pressupõe a proteção da fauna como componente de ecossistemas. E segue o autor, definindo que a palavra fauna refere-se ao conjunto de todos os animais de uma região ou de

um período geológico, abrangendo aí a fauna aquática, a fauna das árvores e de solo e a fauna silvestre. (SILVA, 2009, p. 46/57)

Curioso observar que o autor excetua, todavia, os animais domésticos e domesticados, os de cativeiro, criatórios e de zoológicos particulares, devidamente legalizados.

Tal discussão é absolutamente essencial para a presente análise, eis que os tipos penais ora questionados partem da uma concepção de que cabe ao direito penal tutelar a crueldade com animais em geral, sejam eles silvestres ou domésticos, sob o fundamento de que a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado seria o fundamento de validade e legitimação da tutela penal.

Ocorre que, conforme ensinou Afonso da Silva, a própria doutrina já vem tratando da proteção aos animais domésticos, domesticados ou daqueles que não se encontram imersos em um ecossistema natural, não com fundamento no art. 225, da Constituição Federal, justamente porque tais animais não integram o meio ambiente e, em razão disso, seria juridicamente irrelevante sua proteção para fins de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A proteção ao meio ambiente em si diz respeito a bens jurídicos chamados coletivos, que são aqueles que "*devem servir à coletividade*", compreendidos segundo os fundamentos de "*não exclusividade do seu gozo*" e o da "*não rivalidade do seu consumo*". (HEFENDEHL, 2011, p. 66).

Em síntese, um bem pode ser considerado coletivo quando for conceitual, fática e juridicamente impossível promover sua divisão em partes e atribuir cada uma delas a indivíduos diversos. Todos os cidadãos poderão se beneficiar indistintamente de tais bens jurídicos. (HEFENDEHL, 2011, p. 66).

E trabalha-se aqui a concepção de que os bens jurídicos coletivos são admitidos pelo ordenamento brasileiro e, como tal, são passíveis de uma tutela penal.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que pressupõe a proteção da fauna – em particular, tão somente no que diz respeito à função ecológica da fauna – engloba a proteção aos animais, prevenindo assim a crueldade a animais. (HEFENDEHL, 2011, p. 66).

Mas que animais seriam esses?

Segundo a linha de raciocínio acima propugnada, tão somente aqueles animais que estejam efetivamente incorporados ao ecossistema, que sejam importantes ao meio ambiente, excluindo-se assim, como faz José Afonso da Silva, os animais domésticos e domesticados, os de cativeiro, criatórios e de zoológicos particulares, devidamente legalizados. (SILVA, 2009, p. 46/57)

Em conclusão: está plenamente identificado o bem jurídico coletivo "*meio ambiente ecologicamente equilibrado*", respaldado constitucionalmente por força do art. 225, *caput,* da C.F. E tal bem jurídico engloba, necessariamente, por força do inciso VII, do mesmo dispositivo, os animais que integram a fauna em sua função ecológica, ou seja, apenas aqueles que estejam incorporados ao meio ambiente.

Nesses termos, o art. 32, da Lei 9.605/98, ao menos em parte, afigura-se constitucional, eis que num juízo de ponderação entre os bens jurídicos liberdade e meio ambiente ecologicamente equilibrado, numa lógica de ponderação de interesses, resulta que ambos têm status constitucional, mesmo que um diga respeito a um direito individual e outro a um direito coletivo.

Em síntese, o referido artigo seria constitucional apenas no que se refere aos animais silvestres, que integrem a fauna e que sejam relevantes em sua importância ecológica.

Com relação aos animais domésticos, inicia-se outra discussão. Os animais domésticos, domesticados, os de cativeiro, criatórios e de zoológicos particulares devidamente legalizados efetivamente não integram o meio ambiente, não compõem a fauna em sua função ecológica, assim, não se encontram no âmbito de proteção do bem jurídico "*meio ambiente*

ecologicamente equilibrado” e, portanto, em princípio, não merecem a proteção da tutela penal.

Repita-se que tais animais merecem sim a tutela do Estado, mas não, mais especificamente, a do Direito Penal, eis que sua aplicação subsidiária deverá excluir, dentre as figuras protegidas, aquelas que não integram bens jurídicos constitucionalmente estabelecidos.

Alguns autores procuram situar a proteção de animais como delito ambiental, ocorre que a proteção do animal doméstico é simplesmente uma proteção individualista, que se ocupa do animal individualmente considerado, enquanto a proteção ao meio ambiente é “holística”, pois fala-se do equilíbrio do sistema como um todo. (GRECO, 2010, p. 54).

Afasta-se assim a proteção dos animais domésticos enquanto proteção ao meio ambiente.

Uma outra hipótese seria que a proteção dos animais em geral é função do estado, eis que os animais, ainda que possuam restrita capacidade de autodeterminação, são passíveis de estarem vulneráveis à heterodeterminação, sujeição pelo homem. E “*minimizar a heterodeterminação está entre as tarefas primordiais do Estado liberal*”, conforme explicita Luis Greco (GRECO, 2010, p. 58).

Ocorre que tal necessidade de proteção aos animais em face de sua sujeição à heterodeterminação esbarra em um aspecto fundamental: dentro de uma lógica de ponderação, há no mundo outras formas de violação da autodeterminação muito mais gravosas, que merecem uma atenção muito maior do estado e que alcançam apenas os seres humanos, sujeitos principais de proteção, segundo a concepção contratualista. (GRECO, 2010, p. 59)

A esse respeito, cumpre novamente rememorar o pensamento de Roxim, segundo o qual:

> (...) Desde a concepção ideológica do contrato social, os cidadãos, como possuidores do poder estatal, transferem ao legislador somente as atribuições de intervenção jurídico-penais que sejam necessárias para o logro de uma vida em comunidade livre e pacífica, e eles fazem isto somente na

> medida em que este objetivo não se possa alcançar por outros meios mais leves. (ROXIM, 2009, p. 17)

Assim, é necessário encontrar um equilíbrio ideal entre o poder de intervenção do Estado e a chamada liberdade civil, de modo a garantir a cada cidadão uma proteção estatal necessária, bem como assegurar as liberdades individuais de cada um. (ROXIM, 2009, p. 17)

O sistema democrático pressupõe a pluralidade de sentimentos, o livre pensamento e manifestação, a liberdade religiosa, a tolerância, por exemplo, enquanto fundamento da própria democracia. E tais violações mostram-se muito mais importantes, merecem uma atenção muito mais especial, numa ótica de ponderação de interesses.

Note-se, portanto, que a proteção aos animais – neste caso, aos animais domésticos e domesticados, poderá impor uma violação à autodeterminação religiosa, ou política, ou a concepções e sentimentos privados de cada pessoa, o que não significa, todavia, que tal violação poderá repercutir na esfera penal, provocando a criminalização de condutas.

Ao se promover a proteção contra a crueldade aos animais domésticos, o legislador está, num juízo de ponderação de bens jurídicos, hipervalorizando a violação a autodeterminação dos animais em detrimento da autodeterminação do próprio ser humano, principalmente quando se estabelece restrições a manifestações culturais e folclóricas envolvendo animais, que estão protegidas pelo próprio sistema democrático.

Isso é inaceitável para os fins do estado democrático de direito e, sobretudo, para o sistema penal, que há de proteger bens jurídicos concretos. (ROXIM, 2009, p. 12)

Assim, a proteção de caráter penal aos animais domésticos – realizada no momento em que se estabelece sanções penais a prática de atos de abuso, maus tratos etc –, de fato não encontra nenhum bem jurídico a fundamentar sua necessidade, não podendo assim ocupar o sistema penal, mas permanecer como uma tarefa secundária, como sugere Luis Greco:

> De uma tal teoria que possibilite hierarquizações decorre principalmente a exortação, fundada não apenas em considerações pragmáticas, de que se enxergue a proteção de animais de modo mais distanciado e menos sentimental. É verdade que há muitos animais vítimas de dominação, e que isso é ruim. Mas sua capacidade de autodeterminação é limitada, e há no mundo violações muito mais profundas às outras dimensões da autodeterminação, das quais apenas o ser humano é capaz. Ainda dentro dos estreitos limites emq eu a exigência em grande parte emocional no sentido de uma "liberação animal" é legítima, tem ela de permanecer uma tarefa secundária. (GRECO, 2010, p. 59).

O art. 32, da Lei 9605, exclusivamente na parte referente aos animais domésticos [assim como aos domesticados, os de cativeiro, criatórios e de zoológicos particulares devidamente legalizados], pode ser compreendida, numa perspectiva dogmática da teoria do bem jurídico, inconstitucional, na medida em que não estabelece nenhum bem jurídico a ser protegido, sobretudo em contraposição, num juízo de proporcionalidade, a outros bens jurídicos, como a liberdade de ir e vir, a liberdade cultural, crenças religiosas, pensamentos e sentimentos.

Mas não se pretende, todavia, chegar a tanto na presente análise. A possibilidade de inconstitucionalidade deverá ser empregada aqui como um fator de razoabilidade e proporcionalidade para se determinar o tratamento penal da conduta de maltratar animais.

É fato que a crueldade a animais causa asco e repugnância a muitas pessoas, mas certamente não é um sentimento geral, principalmente quando em oposição a práticas religiosas ou culturais que empregam algum tipo de sujeição violenta aos animais. Ademais, sustenta Greco, na esteira do pensamento de Roxim, que convicções sociais não são capazes de legitimar constitucionalmente uma norma jurídico-penal (GRECO, 2010, p. 3).

Segundo a tese elementar do liberalismo jurídico-penal, a imoralidade de um pensamento não é razão para puni-lo (GRECO, 2010, p. 13), até porque o próprio ordenamento conta com outras medidas que podem ser tomadas que não a tutela penal, como sanções cíveis, ou administrativas, aliás, muito mais

recomendadas, pois em pleno acordo com a teoria da intervenção mínima, da subsidiariedade. (ROXIM, 2009, p. 30)

Segundo Roxim, são inadmissíveis as normas penais unicamente motivadas ideologicamente ou que atentam contra direitos fundamentais e humanos. (ROXIM, 2009, p. 30/31). Note-se, portanto, que a proteção penal aos animais domésticos, além de não proteger bem jurídico concreto e definido, que não esteja respaldado exclusivamente por convicções pessoais e ideológicas, pode significar violações aos direitos fundamentais de liberdade e pluralismo de sentimentos, pensamentos, religiões etc.

Tal tutela penal apenas se justificaria numa lógica paternalista indireta, o que apenas reforça sua inconstitucionalidade, eis que assume não ter bem jurídico a proteger penalmente. Tal paternalismo abarca casos de duas partes, onde o bem estar de uma classe de pessoas – no caso, daquelas que sentem asco, repugnância no tratamento cruel contra animais domésticos – envolve a restrição à liberdade de outras pessoas mediante a ameaça de uma sanção penal, como no caso em questão. (ESTELLITA, 2007, p. 335)

Na criminalização da prática de crueldade a animais domésticos (entenda-se crueldade como atos de abuso e/ou maus tratos), privilegia-se um aspecto moralista, baseado no sentimento de que deve ser protegido o sentimento de piedade e respeito para com os animais, como se a lei tentasse prevenir um “dano moral” (ESTELLITA, 2007, p. 338).

Então, a razão de ser do dispositivo aqui questionado [art. 32, da Lei 9605/98], parece ser tão somente punir-se aquele cidadão que pratica atos de abuso ou maus tratos com animais, exclusivamente para que o Estado possa prevenir um “dano moral” que possa ser causado a outras pessoas que sintam repugnância, indignação, asco ao se defrontarem com a crueldade aos animais.

Tal justificativa – no que se refere aos animais domésticos – não encontra fundamento no estado democrático de direito, não tendo assim amparo constitucional, seja pela não existência de bem jurídico concreto a ser

tutelado pela norma penal, que não pode ser fundado em meras convicções ideológicas e sentimentos morais, seja pela desproporcionalidade de tal proteção em face das liberdades de pensamento, crença, religião asseguradas na Constituição Federal.

4 O problema do recrudescimento da legislação penal e os caminhos alternativos: a descriminalização de condutas penais e o Direito de Mera Ordenação Social

O Direito Penal é, e sempre haverá de ser, tema atual e relevante em toda e qualquer sociedade contemporânea, pois está presente na própria essência das relações humanas, que se pautam pela definição de limites e pela criação de hipóteses de exercício, fiscalização e cumprimento desses limites.

A esse respeito, observe-se o que explicita Roxim:

> (...) A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos. (ROXIM, 2009, p. 17)

A Carta Magna brasileira traz, em seu artigo 3º, como objetivos da República: construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as desigualdades sociais e regionais, além de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Assim, as finalidades do Direito Penal acabam por passar por estes objetivos elencados e por outros ainda, todos imprescindíveis para atenderem ou sanarem as necessidades fundamentais do indivíduo em meio ao convívio social.

No momento pós-primeira guerra mundial, em que se verificou a exacerbação da atividade sancionatória da Administração, o mundo mergulhou numa fase de valorização do Direito Penal tradicional, em que a regra passou a ser a criminalização das condutas ilícitas, o que deu origem a uma grande

quantidade de legislação penal extravagante tratando dos mais diversos temas. (CERVINI, 2002, p. 7).

O Brasil, por sinal, tem vivenciado, já há décadas, a utilização política do direito penal como instrumento meramente simbólico de combate à violência, o que tem provocado um incessante recrudescimento da legislação penal no país, sendo a criminalização de condutas e/ou o aumento das penas já existentes para determinados ilícitos a resposta estatal mais utilizada. (CERVINI, 2002, p. 7).

O fenômeno da intensificação da tutela penal, com a crescente criação de novos crimes, todavia, não é um fenômeno mundial, pois inúmeros países têm adotados discursos de questionamento da eficácia da tutela penal no combate à criminalidade e buscado instrumentos de política criminal alternativos, que minimizem a legislação penal, em consonância com o princípio da intervenção mínima. (CERVINI, 2002, p. 7).

Por sinal, o ano de 1973 significou um marco na história do movimento de descriminalização de condutas no mundo, eis que se reuniram na cidade de Bellagio, norte da Itália, especialistas das ciências penais, penitenciárias e criminológicas do mundo inteiro para discutir justamente os primórdios dos movimentos descriminalizantes (CERVINI, 2002, p. 7).

Pouco tempo depois, em 1975, durante o 5º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção de Delito e Tratamento do Delinquente, o tema foi objeto de inúmeras discussões, ganhando papel de relevo no evento (CERVINI, 2002, p. 8).

Em 1980 foi publicado um “*Informe sobre Descriminalização*” elaborado pelo Comitê Europeu sobre Problemas da Criminalidade, que significou também um marco histórico na implementação e fortalecimento da ideologia de minimização do sistema penal, em benefício de uma política de descriminalização de condutas (CERVINI, 2002, p. 8).

No Brasil, com o advento do Estado democrático de Direito, que tem como marco histórico a promulgação da Constituição Federal de 1988, mostra-

se imperiosa a realização de um redimensionamento do modelo predominantemente punitivo exprimido pelo Código Penal Brasileiro de 1940.

Cumpre ressaltar, ademais, que a discussão referente à descriminalização de condutas penais é, mais do que nunca extremamente atual no Brasil, pois, conforme mencionado, está em tramitação no Congresso Nacional um novo Código Penal, que trará inúmeras alterações no sistema punitivo pátrio, sobretudo no que se refere às novas condutas erigidas à condição de crimes, os aumentos promovidos nos intervalos de penas privativas de liberdade e a *abolitio criminis* referentes a outros delitos.

Nesse aspecto, merece especial menção a palestra proferida recentemente no 18º Seminário Internacional de Ciências Criminais, promovido pelo IBCCRIM[53] no último dia 28 de agosto de 2012, pelo aclamado professor Raul Zaffaroni, que defendeu longamente a adoção de uma "dogmática de contenção do poder punitivo", reprimindo assim esse sentimento de adoração da punição, como se ela fosse o problemas para todas as mazelas da sociedade[54].

Luis Flávio Gomes, nesse aspecto, oferece lúcidas reflexões acerca do fenômeno do recrudescimento da legislação penal no Brasil, esclarecendo que, nas últimas décadas, na chamada "*era da globalização*", o país tem observado uma grande expansão da política punitivista, desfigurando assim o modelo clássico do Direito Penal Liberal, constituído a partir dos pensamentos de Beccaria e Feuerbach (GOMES, 2009, p. 220).

Sustenta ainda o autor que o Direito Penal contemporâneo, para que esteja em consonância com o modelo de Estado adotado pelo Brasil, o Estado constitucional e democrático de Direito, há que observar determinados limites impostos pela própria constituição vigente (GOMES, 2009, p. 220).

E prossegue o autor, esclarecendo que seriam treze os mais relevantes princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, que funcionariam como

---

[53] Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
[54] Disponível em < http://www.conjur.com.br/2012-ago-29/raul-zaffaroni-defende-contencao-poder-punitivo-estado>. Consultado em 29/08/2012.

“limites internos do poder punitivo”, quais sejam: (a) princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos; (b) princípio da intervenção mínima; (c) princípio da exteriorização ou materialização do fato; (d) princípio da lesividade do fato; (e) princípio da ofensividade do fato; (f) princípio da responsabilidade pessoal; (g) princípio da responsabilidade subjetiva; (h) princípio da culpabilidade; (i) princípio da igualdade; (a) princípio da legalidade da pena; (a) princípio da proibição da pena indigna; (a) princípio da humanização das penas; (a) princípio da proporcionalidade (GOMES, 2009, p. 221)

Na linha do que ensina Cervini, o Direito Penal deve passar por uma releitura, dirigida, sobretudo, às necessidades de pacificação das relações sociais e que importem em soluções alternativas ao sistema punitivo, sempre com vistas a uma maior efetividade da justiça, com um custo menor, financeiro e social (CERVINI, 2002, p. 224).

A descriminalização ou administrativização de condutas penais poderá ser, no contexto dessa releitura do sistema punitivo, a melhor solução para que seja atingido o ideal de repressão e prevenção de práticas que ofendam bens jurídicos caros à vida em sociedade (CERVINI, 2002, p. 218).

Nos dias de hoje, é notória a colisão entre Direito Penal e Direito Administrativo em algumas áreas do conhecimento jurídico. Tal embate tem origem na natural mistura de atribuições dos poderes do Estado, que estão sempre em estreito contato.

Atualmente, fala-se em uma diferença elementar no campo do Direito Sancionatório (Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal). Neste contexto, é possível identificar dois modelos determinantes sugeridos pela doutrina: a) Modelo tradicional: defensor do Direito Penal Administrativo, que abriga as contravenções penais (utilizado no Brasil, na Itália, na Espanha); e b) Modelo moderno: que trata do Direito de Mera Ordenação Social, abrigando, por sua vez, as chamadas contra-ordenações (acolhido em Portugal, na Alemanha e na Áustria) (DIAS, 1999, p. 165).

Inúmeros ordenamentos jurídicos, sobretudo na Europa, passaram a fazer uma distinção de natureza valorativa das infrações. As consideradas como relevantes, sob um ponto de vista ético-social, passaram a integrar o que se denominou Direito Penal Secundário[55]. As demais, todavia, consideradas como "*ético-socialmente neutras*", em que a própria proibição que define sua natureza de infração, foram denominadas como ilícito administrativo (DIAS, 1999, p. 171):

> Assim surgiram as contra-ordenações que, no seu conjunto, conformavam o que se passou a chamar o direito (administrativo, não penal!) de mera ordenação social e que substancialmente coincidia com a velha categoria (essa sim, penal) das contravenções. Com uma dupla conseqüência: a de que o âmbito do direito penal se enriquecia com a assunção plenamente penal (se bem que em certa medida autônoma) do direito penal secundário, quase sempre sob a forma de direito penal extravagante; e a de que a história das contravenções jurídico-penais chegava ao fim, devendo a categoria ser pura e simplesmente eliminada e substituída pela categoria jurídico-administrativa da contra-ordenações. (DIAS, 1999, p. 171)

A criação da categoria das contra-ordenações procurou oferecer uma resposta coerente e eficaz à crescente e danosa produção legislativa de índole claramente criminalizante, sugerindo um modelo que atendesse às seguintes necessidades: o desafogamento da máquina judiciária, sobrecarregada pela grande quantidade de infrações de conteúdo ético-social pouco expressivo; a criação de sanções não criminais, como advertências, sanções ordenativas ou coimas para tais infrações; a criação de competências eminentemente administrativas para o processamento destas condutas.

Na realidade, buscava-se produzir respostas rápidas, menos drásticas e bem sucedidas do ponto de vista repressivo, a esta nova categoria de ilícitos.

A respeito do debate sobre a presença ou ausência de bem jurídico a ser tutelado, admite-se, conforme já explicitado longamente, como mais correto

---

[55] Na compreensão de Jorge de Figueiredo Dias, o Direito Penal Secundário, extravagante ou acessório, diz respeito a um Direito de natureza claramente administrativa, do ponto de vista da matéria, pois implica a violação de ordenações de caráter administrativo, mas que trazem sanções de natureza criminal (DIAS, 1999, p. 170).

o entendimento capitaneado por Roxin, que entende que a tutela de bens jurídicos está presente tanto nas contra-ordenações quanto nos crimes. (DIAS, 1999, p. 19)

> (...) Todo ilícito ofende um bem juridicamente protegido; mas também isto não obsta a que, enquanto em certas infracções – os crimes – o bem jurídico protegido se contém logo, expressa ou implicitamente, na própria conduta como tal, noutras – as contra-ordenações – ele se encontra fora dela e só se desenha quando a conduta se conexiona com a regra legal que a proíbe. (DIAS, 2001, p. 147)

Figueiredo Dias defende a adoção do critério qualitativo, erigido a partir da idéia do *"(des) valor ético-social da conduta em si"* (DIAS, 2001, p. 146), orientação adotada no presente estudo. De fato, a despeito da concepção distintiva aparentemente formal adotada pela legislação portuguesa[56], o critério substancial acaba predominando, pois oferece um referencial axiológico e principiológico mais criterioso e, por isso, capaz de promover maiores acertos na delimitação das infrações.

Assim, segundo tal critério, no caso dos crimes, denota-se a existência de condutas que comportam uma imediata valoração social, moral e cultural, o que permite uma valoração do próprio grau de ilicitude. Por outro lado, no que se refere às contra-ordenações, não há esta correspondência imediata da conduta com sua valoração, pois é na realidade o elemento "proibição legal" que vai definir tal grau de ilicitude. (DIAS, 199, p. 176/178)

Percebe-se assim que as infrações que recebem tratamento de natureza administrativa, compreendidas como contra-ordenação, dizem respeito a condutas cujo grau de ilicitude não é determinado pela gravidade e importância ético-social em si dos bens afetados, mas pela relação destes bens como o

---

56 Inferência que se faz a partir da análise do artigo primeiro, do Decreto-Lei n. 433/82, assim redigido: "Constitui contra-ordenação todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma Coima". Tal dispositivo, apesar de descrever uma concepção de aparência puramente formal, traz, na realidade, toda uma carga substancial utilizada como referencial teleológico para a construção do texto da lei. (Entendimento esposado por Figueiredo Dias em: Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas. São Paulo: RT, 1999, p. 165. p. 176).

ordenamento jurídico em que estão inseridos, que definirá o grau de proteção por eles merecida. Assim, quando se estabelece determinada tipificação de natureza contra-ordenacional, se está indicando que a lesão ao bem jurídico protegido possui uma reprobabilidade social, na realidade, condicionada pela cominação legal que lhe diz respeito.

Note-se, assim, que o Direito de Mera Ordenação Social, ao que parece, pode se afigurar como o instrumento mais adequado para o tratamento jurídico da conduta de praticar maus tratos contra animais, já que seu referencial teórico atende perfeitamente ao problema.

Ademais, do ponto de vista prático, são inequívocas as vantagens: designação de uma competência administrativa para a solução dos conflitos (promovendo maior celeridade, adequabilidade e proximidade com o problema); emprego de multa administrativa (ou coima, do Direito Português), como sanção, que atende melhor aos objetivos repressivos do que as sanções criminais, muito mais gravosas.

CONCLUSÃO

O presente estudo trouxe como pano de fundo a análise do crime de maus tratos a animais, atualmente previsto no art. 32 do Código Ambiental, mas que, caso o texto do anteprojeto de reforma do Código Penal seja aprovado sem alterações, passará a figurar no próprio Código Penal, com um aumento de pena drástico, representando o quádruplo da pena hoje existente.

Relatou-se ainda que o referido delito já teve a constitucionalidade aferida e reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADIN nº 1.856/RJ, tendo a Corte suprema, ao empregar a teoria do bem jurídico de Roxim, afirmado que a proteção penal alcançaria a todos os animais, indistintamente, sejam eles selvagens, domésticos, domesticados, em cativeiros.

Na oportunidade, o Supremo Tribunal, para reconhecer a constitucionalidade do crime de maus tratos a animais, considerou que o bem jurídico envolvido seria aquele insculpido no art. 225, cumulado com o §1º,

inciso VII, da Constituição Federal, que propõe a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

E partindo de tal circunstância, discutiu-se que, na ótica da teoria do bem jurídico de Roxim, o art. 32 do Código Ambiental poderá ser compreendido como parcialmente constitucional, excluindo-se da esfera de proteção penal aqueles animais que não tenham “relevância” para a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Tais conclusões não se prestam – e jamais poderiam – a menosprezar a importância dos animais e o carinho e proteção que lhes devem ser dirigidos sempre pela sociedade, mas visam a questionar se o Direito Penal seria o instrumento mais adequado par coibir qualquer tipo de violência e/ou maus tratos praticados contra animais.

A crueldade contra animais é obviamente uma prática repugnante e que merece uma devida repressão, então a proposta exprimida no presente estudo é justamente no sentido de que o Estado promova tal proteção, mas que esta não seja a de caráter penal, mas outra, de índole administrativa, tal qual aquela conferida pelo Direito de Mera Ordenação Social, de origem portuguesa.

Assim, buscou-se retratar no estudo os problemas do Direito Penal Clássico e o malfadado movimento de recrudescimento da legislação penal no país, analisando-se assim, mesmo que brevemente, a dicotomia ilícito penal x ilícito administrativo.

Concluiu-se que as infrações administrativas (ou contra-ordenações) não dispõem naturalmente de conteúdo valorativo ético-social típico de ilícito; ou seja, valem-se de certa tolerância social, devido ao seu baixo grau de relevância na lesão aos bens jurídicos protegidos.

Dessa forma, constatou-se que tais condutas, para que possam ser tidas como infrações, necessitam de uma atribuição de conteúdo eminentemente normativo, que ofereça o devido grau de reprobabilidade de que necessitam para tanto.

Neste contexto, concluiu-se que o Direito de Mera Ordenação Social mostra-se como o instrumento mais adequado para o combate aos maus tratos e à crueldade contra animais domésticos, domesticados, em cativeiro – em síntese, todos aqueles que não integrem o meio ambiente natural –, já que seu referencial teórico atende perfeitamente ao problema.

Ademais, na prática, são ainda mais evidentes as vantagens, dentre as quais, a titulo exemplificativo: a) designação de competência administrativa para a solução dos conflitos (garantindo maior celeridade aos processos, maior adequabilidade e proximidade com o problema e eximindo os Tribunais de um número infindável de novos processos); b) aplicação de multa administrativa (ou coima, do Direito Português) como sanção, que atende melhor aos objetivos repressivos do que as sanções criminais, muito mais gravosas.

Em síntese, concluiu-se que o Direito Penal não é o mecanismo mais adequado para reprimir e prevenir as condutas acima referidas, havendo outros muito mais interessantes, recomendáveis e em consonância com a teoria do bem jurídico penal adotada pelo Supremo Tribunal Federal neste caso, como o Direito de Mera Ordenação Social, que poderá ser, a qualquer tempo, importado para o Brasil.

Referências

AFONSO DA SILVA, JOSÉ. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BALDAN, Édson Luís. **Fundamentos do direito penal econômico**, Curitiba: Juruá, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 4ª Ed. Renovar, Rio de Janeiro/São Paulo. 2000

BRANCO, Paulo Gustavo, COELHO, Inocêncio Mártires, MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva. 2008

CERVINI, Raul. **Os Processos De Descriminalização.** 2ª edição. São Paulo: Editora RT, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: RT, 1999, p. 165.

______________. **Do Direito Penal Administrativo ao Direito de Mera Ordenação Social: Das Contraveções às Contra-Ordenações. Sobre os Fundamentos da Doutrina Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

ESTELLITA, Heloisa. Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito positivo. **Revista Brasileira de Filosofia**, São Paulo, jul-set./2007, p. 333-341.

GOMES, Luis Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal Parte Geral, Volume 1.** 2ª Ed rev, atual, ampl. São Paulo: Editora RT, 2009.

GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch)***. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo,** v. 82, jan.-fev./2010, p. 165-185.

GRECO, Luís. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. **Revista Liberdades**, São Paulo, jan.-abr./2010, p. 47-59.

ROXIN, Claus. Dependencia e independencia del derecho penal con respecto a la politica, la filosofia, la moral y la religión. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, 2008, p. 5-24.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas** – A perda de legitimidade do sistema penal. 5. ed. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

CAPÍTULO 4

A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE DE CHANCES NO PLEITO ELEITORAL

Alberto Cascais[57]
DOI 10.11117/9788565604109.04

1 Inelegebilidade Como Matéria Propriamente Constitucional

As inelegibilidades, como restrições à capacidade eleitoral passiva, encontram-se estabelecidas no art. 14, §§ 4º a 7º, da Constituição Federal, como, aliás, impõe a melhor técnica em se tratando de restrições a direitos fundamentais, mais especificamente a direitos políticos fundamentais, sendo antiga a lição de que o mesmo poder que cria o direito também deve ser o competente para lhe impor limitações[58].

Mesmo contrariando a lógica do constituinte de 1946, em todo sentido cautelosa, o constituinte de 1988 preferiu legar à lei complementar a possibilidade de instituição de outras hipóteses de inelegibilidade, assim como já havia feito a Constituição de 1967, outorgada sob o regime autoritário.

Note-se, porém, que na Carta Política em vigor, a redação do art. 14, § 9º, não é sistemática como a da que a antecedeu, que era do seguinte teor:

> Art. 148 - A lei complementar poderá estabelecer outros casos de inelegibilidade visando à preservação:
> I - do regime democrático;
> II - da probidade administrativa;
> III - da normalidade e legitimidade das eleições, contra o abuso do poder econômico e do exercício dos cargos ou funções públicas.

---

[57] Mestrando em Constituição e Sociedade da Escola de Direito do IDP

[58] Pronunciamento do constituinte Argemiro de Figueiredo: “se já estatuímos, em dispositivos já votados, todos os casos de elegibilidades, com maior razão devemos incluir, expressamente, em nossa Carta Magna os de inelegibilidades, porque estes são mais importantes, visto como significam restrições ao direito político do cidadão. O mesmo poder que cria o direito é o competente para impor limitações. Seria um erro de técnica, e perigoso mesmo, deixarmos matéria de tamanha importância para o legislador ordinário”. In José Duarte, A Constituição Brasileira de 1946, v. 2º/ 516, 1947.

Mesmo a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, modificada pela Emenda Constitucional nº 8, de 1977, apresentava um texto mais claro:

> Art. 151. Lei complementar estabelecerá os casos de inelegibilidade e os prazos nos quais cessará esta, com vistas a preservar, considerada a vida pregressa do candidato: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 1977)
>
> I - o regime democrático;
>
> II - a probidade administrativa;
>
> III - a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego públicos da administração direta ou indireta, ou do poder econômico; e.
>
> ~~IV - a moralidade para o exercício do mandato, levada em consideração a vida pregressa do candidato.~~
>
> IV - a moralidade para o exercício do mandato. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 1977).

O texto atualmente em vigor tem a seguinte redação:

> Art. 14.
>
> § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidades e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

O cotejo entre as redações demonstra que o processo de transcrição do texto da Constituição revogada para a que se encontra em vigor não foi dos mais felizes. Evidentemente, há de ser levado em consideração o propósito do redator constitucional de aglutinar dispositivos com o fito de restringir o número final de artigos da nova Carta[59].

Nesse sentido, fundiram-se em um único dispositivo vários períodos que deveriam estar subdivididos em incisos. Além disso, pela relevância do tema ali tratado, o § 9º do art. 14 da Constituição Federal mereceria estar mais bem sistematizado, inclusive de forma a compatibilizá-lo com as inelegibilidades objetivas, fixadas nos parágrafos anteriores do mesmo artigo.

Enfim, o citado dispositivo se constitui em uma verdadeira norma constitucional em branco, que, não sem detrimento da clareza, segue a

---

[59] José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo, 7ª ed., RT, 1991.

redação da Constituição de 1967 e a de 1969, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 1977, quando o que deveria prevalecer, ao tratar de restrição a direitos, no caso, a direitos políticos fundamentais, com sede na própria Constituição, seria a clareza e a objetividade.

2 Inelegibilidade Legal

Na ordem constitucional anterior, a Lei Complementar nº 5, de 29 de abril de 1970, era o estatuto que estabelecia outras hipóteses de inelegibilidades, além das que já constavam da própria Constituição. Essa lei vigeu até 18 de maio de 1990, data em que foi editada a Lei Complementar nº 64, já sob o pálio da Constituição cidadã de 1988, embora o Supremo Tribunal Federal já tivesse considerado que a antiga lei de inelegibilidades não havia sido recepcionada.

A Lei Complementar nº 64/90 recentemente veio a ser alterada pela Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010, publicada em 7 de junho de 2010.

Contudo, comparando-se o teor da Lei Complementar nº 5/70 com o da Lei Complementar nº 64/90, já alterada pela LC 135/10, percebe-se que o ambiente democrático não representou alteração muito significativa nem na tipificação de condutas, nem na dosimetria das respectivas sanções e nem no respeito aos direitos políticos passivos, vale dizer, no direito político do cidadão de ser eleito.

No que diz respeito à aplicação das normas referentes à inelegibilidade, aliás, na prática o autoritarismo do regime militar foi apenas substituído pelo autoritarismo da Justiça Eleitoral.

Diante disso, no que se refere ao respeito dos direitos políticos fundamentais e à observação do devido processo legal eleitoral, ainda se está para atingir uma “nova república”.

Feita essa digressão histórica, não é difícil concluir que os conceitos abertos, insculpidos no § 9º do art. 14 da Constituição, admitem a sucessiva imposição de novas e cada vez mais gravosas restrições ao exercício do direito

eleitoral passivo, sem parâmetros claros que permitam estabelecer um núcleo essencial ou o que a doutrina também denomina de limite dos limites[60].

E, pela sucessão das legislações em matéria de inelegibilidades, não há dúvida de que eventuais alterações normativas vindouras certamente imporão ainda mais restrições ao exercício desse direito fundamental.

Exemplo disso é o próprio agravamento das condutas que se encontram tipificadas na Lei Complementar nº 64/90, patrocinado pela Lei Complementar nº 135, cuja interpretação quanto ao momento de sua aplicabilidade gerou incerteza e insegurança nas eleições gerais do ano de 2010, a despeito de as críticas mais comuns serem dirigidas apenas ao Poder Legislativo, especialmente por sua incapacidade de promover alterações substanciais no sistema político.

3 O Princípio da Anterioridade Qualificada da Lei Eleitoral

Como antes ressaltado, a análise do art. 14, § 9º, constitucional, indica que objetivamente sobressaem apenas duas regras: i) a Constituição Federal autoriza a instituição de outras hipóteses de inelegibilidades, além das que se encontram elencadas em seu próprio texto; ii) essas outras hipóteses devem ser instituídas por lei complementar.

Assim, primeiramente percebe-se que esse dispositivo se conecta diretamente ao art. 59, inciso II, e ao art. 69, ambos da Constituição, que tratam do processo legislativo, sendo de se supor que a **lei** que institui novos casos de inelegibilidades ou agrava os já existentes tenha não somente as mesmas virtudes das leis em geral, quais sejam, a generalidade e a abstração, mas também uma vigência prospectiva, que decorre do princípio da anterioridade, princípio esse que, no caso da lei eleitoral, não é o comum, mas sim o da anterioridade qualificada previsto no art. 16, constitucional, que impede a aplicação da nova norma à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.

---

[60] Robert Alexy. Teoria dos Direitos Fundamentais, tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã *Theorie der Grundrechte*, Malheiros, 2ª edição, 2011, p. 295 e s.

Essa anterioridade qualificada, que a lei que altera o processo eleitoral guarda como característica, mostra-se essencial à garantia de isonomia entre as forças político-eleitorais e imprescindível quanto a evitar que a norma seja utilizada como instrumento de manipulação da soberania popular e da liberdade do voto.

É dizer, não basta que o jogo tenha regras, é preciso que essas regras sejam prévias à apresentação dos contendores e ao desenvolvimento da disputa e, portanto, imutáveis até sua decisão final[61].

O art. 16 da Carta Política, portanto, preconiza a regra da vigência diferida da lei eleitoral, naquilo que alterar o processo eleitoral, o qual, logicamente, não pode ser entendido apenas como as normas que regulam a formal concatenação de atos voltados à composição das lides, mas sim como todas as normas que regulam tanto a sucessão, quanto o desenvolvimento e a evolução das diversas fases da eleição, sendo elas a propaganda, a organização do pleito e a apuração do resultado.

É lição de Celso Ribeiro Bastos[62] que:

> Se a lei for aprovada já dentro do contexto de um pleito, com uma configuração mais ou menos delineada, é quase inevitável que ela será atraída no sentido dos diversos interesses em jogo, nessa altura já articulados em candidaturas e coligações. A lei eleitoral deixa de ser aquele conjunto de regras isentas, a partir das quais os diversos candidatos articularão suas campanhas, mas passa ela mesma a se transformar num elemento da batalha eleitoral.

Assim, a cláusula de vigência diferida, que incide sobre as normas de conteúdo eleitoral, traduz a impossibilidade dessa lei, a despeito de existente e válida, de transmitir a sua carga de eficácia normativa. Nesse sentido, é relevante que se tenha presente a distinção entre validade e eficácia da norma jurídica.

Segundo a lição de Kelsen, **eficácia** ou **vigência**, é uma condição da validade, mas não é esta mesma **validade**.

---

[61] Voto do Ministro Sepúlveda Pertence na ADIn nº 354-2/600 DF. Fonte: site do STF.
[62] Celso Ribeiro Bastos. Comentários à Constituição do Brasil – Vol. 2 – 3ª ed., Saraiva, 2004.

Como afirma o mestre de Viena[63]:

> (...) Assim como é impossível, na determinação da vigência, abstrair da realidade, assim também é impossível identificar a vigência com a realidade. Se no lugar do conceito de realidade – como realidade da ordem jurídica – se coloca o conceito de poder, então o problema da relação entre validade e eficácia coincide com a existente entre Direito e força – bem mais corrente. E, então, a solução aqui tentada é apenas a formulação cientificamente exata da antiga verdade de que o Direito não pode, na verdade, existir sem a força, mas que, no entanto, não se identifica com ela. É – no sentido da teoria aqui desenvolvida – uma determinada ordem (ou ordenação) do poder.

4 Existência, Validade e Vigência da Norma

As normas de uma ordem jurídica positiva valem (são válidas) porque a norma fundamental que forma a regra basilar da sua produção é pressuposta como válida, e não porque são eficazes (vigentes); mas elas somente valem se esta ordem jurídica é eficaz ou se encontra em vigor.

No plano de validade da lei, o que deve ser verificado é se a norma jurídica se encontra em harmonia com a Constituição, que, por sua vez, seja efetivamente posta e globalmente eficaz[64].

Cada norma vale não porque seja justa, ou porque seja eficaz a vontade que a institui, mas porque está ligada a normas superiores por laços de validade, numa série finita que culmina numa norma fundamental.

A criação da norma, assim, está associada a um sistema dinâmico e diz respeito à forma e a competência para a sua criação. A norma vale porque é criada pela forma determinada na norma fundamental. O conteúdo é irrelevante para a validade. Basta que emane de uma autoridade competente.

Deste modo, Kelsen torna a ciência jurídica uma ciência pura de normas, que as investiga como entidades em si, no seu encadeamento hierárquico.

---

[63] Hans Kelsen. Teoria Pura do Direito, tradução João Baptista Machado, 6ª ed. – São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 238.
[64] Op. cit., p. 236.

Segundo Carlos Santiago Nino[65], a condição decisiva na teoria de Kelsen para que uma norma exista é que seja válida. A validade é que constitui a existência específica das normas jurídicas.

Na teoria de Kelsen, uma norma é válida, ou seja, existe quando tem força obrigatória, quando o que ela dispõe deve ser. Essa força obrigatória deriva da norma fundamental que os juristas pressupõem de forma hipotética, sem que essa pressuposição implique uma adesão ideológica ao sistema (a norma fundamental prescreve observar o sistema, mas os juristas a pressupõem como hipótese, sem apoiar de modo categórico seu conteúdo).

Com isso, chega-se à conclusão de que as normas jurídicas não existem nem são válidas de forma isolada, mas sim desde que e enquanto pertencerem a um sistema jurídico válido ou existente.

Isso quer dizer que, assim como não se pode determinar se uma norma é jurídica a não ser por seu pertencimento a um sistema jurídico, também não se pode determinar se uma norma jurídica existe a não ser por seu pertencimento a um sistema jurídico existente.

Entretanto, com base em textos de Kelsen, criou-se uma confusão em torno do conceito de validade por ele empregado.

Segundo uma das interpretações, Kelsen empregaria um conceito puramente descritivo de validade, alheio de qualquer associação com justificabilidade ou força obrigatória de uma norma ou sistema jurídico.

Adotando-se esse sentido, pode haver desacordo sobre qual dos significados descritivos de “validade” Kelsen emprega, já que, às vezes, parece identificar a validade com a existência das normas, outras vezes com sua pertinência a um sistema, outras com o fato de haver outra norma que autorize sua determinação ou que declare obrigatória sua observância e outras vezes com sua vigência ou eficácia.

---

[65] Introdução à análise do direito; tradução Elza Maria Gasparotto, São Paulo, Editora Martins Fontes, 2010, p. 154.

Uma forma de tornar coerente tais afirmações é dizer que, para Kelsen, a validade de uma norma é idêntica a sua existência e que essa existência depende de sua pertinência a um sistema jurídico vigente, a qual, por sua vez, depende de a determinação da norma estar autorizada por outra norma do sistema.

Por esse critério, pode haver certa tensão entre o fato de uma norma não pertencer ao sistema e o fato de ela ser declarada obrigatória por outra regra do sistema.

Segundo outra interpretação, Kelsen emprega um conceito normativo de validade jurídica. A base para essa interpretação seria dada pelas numerosas passagens em que Kelsen identifica a validade de uma norma não só com sua existência, como também com sua força obrigatória; nas passagens em que afirma que dizer que uma norma é válida implica dizer que o que ela dispõe deve ser; nas que diz que, enquanto os juízos que declaram eficácia ou vigência são juízos fáticos ou do ser, os juízos de validade são juízos do “dever ser” que não podem ser deduzidos dos anteriores; e, finalmente, naquelas passagens em que emprega a expressão “validade” para classificar não só uma norma jurídica, mas também todo um sistema jurídico (o que não seria possível se, por exemplo, “validade” significasse “pertinência”).

Assim, na teoria de Kelsen, uma norma só é válida ou existente quando tem força obrigatória, quando deve ser feito o que ela dispõe, já que para Kelsen, com diz Joseph Raz, a única normatividade que existe é uma normatividade justificada.

As normas não pertencem ao mundo dos fatos – embora estejam essencialmente correlacionadas a certos fatos, tais como o de determiná-la ou o de observá-la –, mas, sim, ao mundo do que “deve ser”.

Portanto, para reconhecer as normas jurídicas como verdadeiras normas e não como mera sequência de fatos, como o fato de certos homens mandarem e outros obedecerem, é preciso admitir que as prescrições de certas autoridades devem ser observadas.

A norma fundamental de Kelsen – que ele considera implícita no pensamento dos juristas – consiste exatamente nessa pressuposição de que as prescrições de certas autoridades devem ser observadas. Para reconhecer o direito como um conjunto de normas e não de fatos, os juristas devem admitir como hipótese a norma fundamental, ou seja, devem pressupor que as regras que descrevem têm força obrigatória, o que não deixa de significar uma convenção ou, ao menos, um consenso.

Esse ponto de vista do conceito de validade de Kelsen realmente não é incompatível com a associação que ele faz entre o conceito de validade e a pertinência de uma norma a um sistema ou com o fato de a sanção de uma norma ter sido autorizada por outra, ou, ainda, com a vigência de uma norma ou do sistema.

O problema principal enfrentado pelos defensores dessa interpretação do conceito de validade kelseniano é explicar como Kelsen pôde ter acreditado que esse conceito é compatível com sua firme postura positivista.

Empregar um conceito normativo de validade e fazer da validade definidora de “norma jurídica” pressupõe uma definição não positivista de “direito” (quer dizer, é incompatível com um conceito descritivo de direito).

Uma possível resposta baseia-se no fato de que, segundo Kelsen, para conhecer o direito não é preciso adotar de forma categórica a postura de que suas normas estão justificadas (têm força obrigatória), mas sim que se pode ter acesso ao conhecimento jurídico pressupondo, tão somente por via de hipóteses, essa validade ou força obrigatória.

De acordo com Kelsen, a aceitação da norma fundamental pelos juristas não é categórica, mas hipotética, o que lhes permite identificar e descrever o direito sem assumir um compromisso axiológico genuíno sobre a validade ou justificabilidade de suas normas.

O ideal positivista de manter separadas a identificação e descrição do direito de sua valoração seria preservado, pois mesmo um jurista que considerasse um sistema jurídico radicalmente injusto e passível de

desobediência poderia descrevê-lo como tal apenas pressupondo, como mera hipótese de trabalho para fins da descrição científica, que as disposições do sistema têm força obrigatória.

Contudo, isso pode servir de explicação do por que Kelsen pôde ter acreditado que um conceito normativo de validade (que leva a um conceito normativo de direito) é compatível com uma estrita separação da atividade de descrever o direito e a atividade de valorá-lo. Porém, essa suposta ideia de Kelsen é plausível? Tem sentido exigir que se pressuponha a força obrigatória ou justificabilidade do direito para descrevê-lo? É compreensível a ideia de uma pressuposição hipotética da força obrigatória de um sistema que não implica em uma aceitação de tal sistema?

Eventuais confusões que a teoria de Kelsen origina nesse assunto devem ensinar a separar cuidadosamente o conceito de validade (ou existência) normativo dos conceitos de validade (ou existência) descritivos.

Embora seja muito difícil modificar os hábitos linguísticos que determinam certa sinonímia entre as expressões “validade” e “existência” (quando são aplicadas às normas) e geram a ambiguidade que afeta ambas as palavras, seria conveniente reservar a palavra “validade” para se referir à justificabilidade ou força obrigatória das normas jurídicas, e dar à palavra “existência” um significado exclusivamente descritivo.

E qual seria o conceito descritivo de existência das normas jurídicas especialmente relevante para a teoria jurídica?

Sem dúvida, esse conceito é o que está relacionado com o fato de as normas jurídicas em questão terem que ser consideradas para decidir como agir em seu âmbito de aplicabilidade.

Trata-se do conceito de existência associado com a vigência ou eficácia das normas. É a vigência (ou eficácia), em determinado território, de certas normas jurídicas, e não de outras, o que faz com que tenhamos que considerá-las para decidir como agir.

Em geral, os autores coincidem em assinalar duas condições para a vigência de uma norma jurídica:

a) que seus destinatários – os sujeitos normativos – geralmente a observem (embora, sem dúvida, possa haver muitos desvios);

b) que certos órgãos de aplicação as reconheçam em suas decisões.

Se as pessoas não observam a norma em questão, ela não estará vigente (ou eficaz), mesmo que os juízes a apliquem, e, ao contrário, também não será considerada vigente uma norma jurídica que as pessoas observam, mas que os órgãos de aplicação não reconhecem em suas decisões.

Todavia, embora a existência de uma norma esteja associada à sua vigência ou eficácia, em geral não se identifica a existência com a vigência de uma norma jurídica.

Uma norma pode existir sem que seja geralmente obedecida ou aplicada. Além disso, para decidir como agir, temos que considerar normas que ainda não foram obedecidas ou aplicadas, seja porque não houve oportunidade, seja porque, até o momento, preferiu-se desconhecê-las – mas que no futuro poderiam ser invocadas – (é claro que maioria dos sistemas reconhecem a “dessuetude”, a perda permanente de vigência, como uma forma de derrogação de normas).

Por isso é que, embora a existência de um sistema jurídico se identifique com sua vigência, o mesmo não ocorre no caso das normas jurídicas.

Uma norma jurídica existe quando pertence a um sistema jurídico vigente (uma norma pertence a um sistema jurídico ou quando é reconhecida por seus órgãos primários, ou quando foi sancionada e não derrogada de acordo com as normas do sistema).

Assim, quando é possível se afirmar que um sistema jurídico existe ou está vigente? Um sistema jurídico tem vigência quando suas regras primitivas ou não derivadas (que incluem as regras de reconhecimento e os princípios que não derivam delas) são em geral observadas por seus sujeitos normativos e são efetivamente aceitas em suas decisões pelos órgãos que têm, de fato, a

possibilidade de dispor a execução de medidas coativas, recorrendo ao monopólio da força estatal.

Eficácia, para Kelsen, é a aptidão da lei de ser observada e aplicada. A força normativa que gera e produz todas as consequências de ordem jurídica. Portanto, podem existir normas jurídicas que sejam ineficazes.

Nessa esteira, o preceito do art. 16 da Carta não impede a elaboração da norma (dever-ser) nem os demais atos necessários à sua validade, entretanto, sua eficácia ficará suspensa até que se opere o decurso do prazo de um ano.

A regra insculpida no art. 16 teve "o declarado propósito de impedir a deformação do processo eleitoral mediante alterações casuisticamente nele introduzidas, aptas a romper a igualdade de participação dos que nele atuem como protagonistas principais: as agremiações partidárias e os próprios candidatos".[66]

Como antes aduzido, o contingenciamento temporal da lei que altera o processo eleitoral, encontra sua razão pelo fato de que:

> As instituições representativas não podem ficar expostas a flutuações nos seus disciplinamentos, dentre os quais sobrelevam os eleitorais, a que não fiquem ao sabor de dirigismo normativo das forças dominantes de cada período, alterando-se as leis sem qualquer resguardo ético, aos impulsos de eventuais conveniências, em círculo vicioso, para impedir que as minorias de hoje tenham legítima ascensão ao poder pelo genuíno consentimento do corpo de votantes[67].

Desde a redação original do texto constitucional, anterior, portanto, à Emenda nº 4, de 1993, que aperfeiçoou o art. 16, é claro o abrangente propósito do constituinte de afastar os sobressaltos normativos que foram característicos do então recentemente superado regime autoritário, decisão política que justifica a própria formulação do princípio da anterioridade da lei

---

[66] Voto do Min. Celso de Mello na ADIn nº 354-2/600 – DF. Fonte: site do STF.
[67] Fávila Ribeiro. Pressupostos Constitucionais do Direito Eleitoral. Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 93

eleitoral e que deveria ser homenageada em maior grau pelos posteriores intérpretes privilegiados da Constituição. Nesse rumo prossegue o magistério de Fávila Ribeiro:

> É preciso que se colha do dispositivo o acalentado rendimento social, impedindo a redução de seu alcance, não deixando que prosperem fraturas pelas vias interpretativas. Para isso, quanto mais desvelo houver em sua aplicação menor será o risco de que possam medrar condescendências que avariam a igualdade nas disputas eleitorais, e imponham que a ideia de justiça deserte ou seja expelida dessa área conflituosa[68]

Por outro lado, tanto o § 9º do art. 14, como o art. 16, ambos da Constituição, são facilmente conciliáveis, como, evidentemente, devem ser conciliadas todas as normas constitucionais. O que se está a dizer, porém, é que independentemente de argumentações extensas é possível se ver que o primeiro dispositivo tem sua tônica na necessidade de edição de uma lei complementar para a instituição de novos casos de inelegibilidades e que o segundo artigo citado preconiza uma *vacatio* necessária para a lei que altera o processo eleitoral, a qual não será aplicada à eleição que ocorra até um ano de sua vigência, como medida voltada a impedir a utilização abusiva da lei como instrumento de manipulação e deformação de pleitos.

5 A Consulta Sobre a Lei Complementar nº 135/10

Todo esse raciocínio, contudo, não se impôs perante o Tribunal Superior Eleitoral, por ocasião da resposta que formulou à seguinte Consulta[69]: "Uma lei eleitoral que disponha sobre inelegibilidades e que tenha a sua entrada em vigor antes do prazo de 5 de julho, poderá ser efetivamente aplicada para as eleições gerais de 2010?".

Pode-se dizer, aliás, que a conclusão a que chegou a Corte Eleitoral, ainda que com a objeção dos votos dos Ministros Marco Aurélio e Marcelo Ribeiro, foi diametralmente oposta ao raciocínio acima exposto.

---

[68] Op. cit., p. 94.
[69] Consulta nº 1120-26.2010.6.00.0000, Rel. Min. Hamilton Carvalhido. Julgamento Sessão de 10.6.2010.

Nesse processo, o relator, Min. Hamilton Carvalhido, proferiu voto de duplo alcance, tanto no sentido de que a LC 135/2010 era aplicável às eleições de 2010, objeto efetivo da Consulta, como foi além e considerou que as novas inelegibilidades apanhavam fatos ocorridos antes da própria edição dessa lei, o que de chofre tipificou condutas que até 6 de junho de 2010, dia anterior à data de vigência da nova lei, eram simplesmente indiferentes jurídicos, em relação aos seus efeitos.

Assim, por exemplo, quem houvesse renunciado ao mandato eletivo com o objetivo de evitar a sua cassação ou estivesse aguardando decisão em recurso criminal interposto contra condenação de órgão colegiado pelos crimes listados na lei ou, ainda, já tivesse sido excluído do quadro profissional por decisão sancionatória do órgão regulador da profissão, tornou-se inelegível no exato momento da publicação da Lei Complementar nº 135, mesmo que os fatos tenham ocorrido até mesmo antes da propositura do projeto dessa lei.

Em seu voto, entendeu o relator que, em se tratando de norma eleitoral material, não há falar na incidência do princípio da anualidade, insculpido no artigo 16 da Constituição, tendo declarado ainda que:

> A regra política [refere-se ao § 9º do art. 14 da Constituição] visa acima de tudo ao futuro, função eminentemente protetiva ou, em melhor termo, cautelar, alcançando restritivamente também a meu ver, por isso mesmo, a garantia da presunção da não culpabilidade, impondo-se a **ponderação** de valores para o estabelecimento dos limites resultantes à norma de inelegibilidade.[70] (grifei)

Não há aqui como deixar de lembrar o jurista Lenio Streck quando em um de seus artigos afirma que “ponderação é uma forma de estabelecer a

[70] TSE, Consulta nº 1120-26.2010.6.00.0000 – Classe 10 – Brasília-DF. Voto do relator, Ministro Hamilton Carvalhido, julgamento em 10 de junho de 2010.

vontade do poder"[71]. Acrescenta o mesmo autor em sua obra Verdade e Consenso[72]:

> Importante anotar que no Brasil, os tribunais, no uso descriterioso da teoria alexyana, transformaram a regra da ponderação em um princípio. Com efeito, se na formatação proposta por Alexy, a ponderação conduz à formação de uma regra – que será aplicada ao caso por subsunção –, os tribunais brasileiros utilizam esse conceitos como se fosse um enunciado performático, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos.

Como bem anotou o Min. Marcelo Ribeiro, ao ensejo desse julgamento pelo plenário do TSE, o simples fato de se apreciar a aplicabilidade da nova lei eleitoral às eleições que serão realizadas a menos de um ano de sua publicação, já induz um tipo de casuísmo, ou, como dito por ele mesmo, já seria o próprio casuísmo examinar caso a caso o que seria casuísmo ante a falta de um critério de avaliação[73].

Disso decorre que não faz sentido falar-se em casuísmo linear, no sentido de que, incidindo a lei igualmente sobre todos os partidos e sobre todos os candidatos indistintamente, justificar-se-ia sua eficácia sobre a eleição realizada a menos de um ano. Isso porque a própria análise formulada nesses termos já se encontra eivada de um perigoso substrato casuístico, que o constituinte originário, no art. 16 da Carta Política, pretendeu banir.

Como asseverou o Min. Arnaldo Versiani por ocasião do julgamento da Consulta em comento, perante o TSE, "toda alteração no processo eleitoral deve respeitar o princípio da anterioridade". [74] E declara ainda:

> A Justiça Eleitoral se assenta em três princípios básicos: o direito de votar, o direito de ser votado e a preservação do

---

[71] Artigo: A Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil. Revista eletrônica Consultor Jurídico, www.conjur.com.br/2012-jun-28/sensoincomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil .
[72] Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas, 4ª edição – São Paulo: Saraiva, 2011
[73] TSE. Consulta nº 1120-26.2010.6.00.0000 – Classe 10 – Brasília – DF.
[74] Idem.

> resultado das urnas, ressalvados casos de abuso, corrupção e fraude..[75].
>
> (...)
>
> Penso que – e nesse ponto acompanho o Ministro Sepúlveda Pertence[76] – o processo eleitoral se inicia com o alistamento dos eleitores e termina com a diplomação dos candidatos, inclusive com a prestação de contas. Tudo isso diz respeito a processo eleitoral: propaganda; votação; apuração; alistamento; condições de elegibilidade e causas de inelegibilidades....

6 A Anterioridade da Lei que Altera o Processo Eleitoral

A questão da anterioridade da lei eleitoral e do alcance da norma constitucional do art. 16 não chega a ser novidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Sobre o tema, ao menos três processos de natureza objetiva são emblemáticos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

i) a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 354-2, com data de acórdão de 24 de setembro de 1990, que tratou da aplicabilidade imediata da lei que modificou os arts. 176 e 177 do Código Eleitoral sobre normas relativas à contagem de votos;

ii) a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.345, com acórdão de 25 de agosto de 2005, em que constou como requerido o Tribunal Superior Eleitoral por editar a Resolução nº 21.702, de 2 de abril de 2004, que estabeleceu a proporcionalidade do número de vereadores, de acordo com os critérios declarados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 197.917;

iii) a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3741-2, ajuizada contra a aplicação da Lei nº 11.300, de 10 de maio de 2006, denominada de Minirreforma Eleitoral, que dispõe sobre a propaganda, financiamento e prestação de contas das despesas com campanhas eleitorais.

---

[75] Idem.
[76] Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 354.

O resultado dos votos colhidos nessas Ações Diretas demonstra o objetivo da Corte em esquadrinhar leis eleitorais sob o argumento de ser necessário averiguar um possível rompimento da igualdade de participação dos atores políticos, a deformação do processo eleitoral no sentido de afetar a normalidade das eleições e a perturbação do pleito e, ainda, um eventual propósito casuístico da lei.

Da instituição desses parâmetros de julgamento pelo Supremo Tribunal é que surge o argumento de que leis casuísticas linearmente, isto é, que supostamente atingem a todos os atores políticos, seria admitida independentemente de obediência ao prazo de vacância preconizado pelo art. 16 da Constituição Federal.

Tais paradigmas de decisão, além de deixar entrever o forte decisionismo com que atua o Supremo Tribunal, ainda provoca forte influência sobre outros, em especial o Tribunal Superior Eleitoral.

O voluntarismo da Corte, ademais, a impede de ter em consideração que a aplicabilidade de nova norma eleitoral à eleição que ocorre antes de um ano de sua edição já significa a adição de um critério casuístico.

De fato, construções jurídicas que visam a afastar a incidência restritiva do art. 16 da Constituição Federal sempre terão como ponto de partida o próprio conteúdo da norma analisada em face do dispositivo constitucional, o que compromete a objetividade dos critérios decisórios.

Por outro lado, o subjetivismo da Corte fica ainda mais evidente quando se verifica que em outros julgados a decisão é no sentido diametralmente oposto, ou seja, o de ressaltar a importância do art. 16 da Constituição, até o ponto de se erigi-lo praticamente ao status de uma cláusula pétrea, como se deu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.685-8[77], em que o art. 16 foi utilizado como fundamento para obstar a aplicabilidade

---

[77] ADI 3685/DF, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Julgamento: 22/03/2006, Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 10-08-2006, p. 19.

imediata da Emenda Constitucional nº 52, de 8 de março de 2006, no caso conhecido por “verticalização”.

Os parâmetros decisórios de que se valeu a Corte nos acórdãos anteriormente citados sequer chegaram a ser ventilados no julgamento dessa ADI nº 3.685-8/DF, onde, na construção argumentativa que chegou à transcendência do art. 16, a Min. Hellen Gracie, Relatora, asseverou:

> É a própria Constituição que estipula um limite temporal para a plena aplicabilidade das novas regras que venham a alterar o processo eleitoral, acrescentando que por critério do legislador originário, somente após um ano contado da sua vigência, terá a norma aptidão para reger algum aspecto do processo eleitoral sem qualquer vinculação a circunstância de fato anterior à sua edição. A eleição alcançada nesse interregno fica, por isso, blindada contra as inovações pretendidas pelo legislador, subsistindo, assim, a confiança de que as regras do jogo em andamento ficarão mantidas.

No mesmo julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa também foi enfático ao consignar:

> Não é preciso grande esforço interpretativo para se concluir que mudança de tal magnitude, introduzida a poucos meses do início formal da disputa eleitoral, caso tenha admitida sua aplicação às eleições do corrente ano, não apenas interferiria de maneira significativa no quadro de expectativas que o eleitor (titular dos direitos políticos) e as agremiações partidárias vinham concebendo em vista do pleito que se avizinha, mas também – e isso não há dúvida – teria formidável impacto no respectivo resultado.

A Emenda Constitucional nº 52, de 2006, havia simplesmente dado nova redação ao art. 17, § 1º, que integra o Capítulo “Dos Partidos Políticos”, para reafirmar a autonomia dos partidos em adotarem critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal.

Interessante notar que o constituinte derivado veio atuar somente depois de o Tribunal Superior Eleitoral, em março de 2002, mediante mero processo de interpretação de normas, haver restringindo a autonomia partidária de estabelecer suas coligações para as eleições daquele ano, impondo a “verticalização”, em que as coligações para a eleição majoritária para a

Presidência da República vinculava as coligações nos níveis institucionais inferiores.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada em face da resolução do TSE que foi editada a partir dessa interpretação restritiva, que, por sinal, não decorre diretamente de nenhuma lei formal, foi julgada procedente pelo STF para afastar a aplicabilidade imediata da Emenda Constitucional nº 52, de 2006, constando de sua ementa o seguinte:

> 5. Além do referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos do arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV, a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, LIV).

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã *Theorie der Grundrechte*, Malheiros, 2ª edição, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática, in Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais – Estudos em Homenagem ao Professor Gilmar Mendes, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil, Vol. 2, 3ed., Saraiva, 2004

BICKEL, Alexander. The Least Dangerous Branch, 1962, Second Edition, p. 55.

CARNEIRO, Nelson. A Cassação dos Mandatos e suas Consequências Políticas, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1948.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. Direito Eleitoral Brasileiro, Del Rey, 2004.

COSTA, Adriano Soares da. Instituições de Direito Eleitoral, Del Rey, Belo Horizonte, 2002.

COSTA, Antonio Tito. Recurso em Matéria Eleitoral, 7ª edição, RT, São Paulo, 2000.

DUARTE, José. A Constituição Brasileira de 1946, v. 2º/ 516, 1947.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito / Ronald Dworkin; tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão Técnica: Gildo Sá Leitão Rios. – São Paulo; Martins Fontes, 2003. (Coleção justiça e direito).

ELY, John Hart. Democracia e Desconfiança – Uma teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade / John Hart Ely; tradução: Juliana Lemos; revisão técnica: Alonso Reis Freire; revisão da tradução e texto final: Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo; Editora WMF Martins Fontes, 2010. (Biblioteca jurídica WMF).

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I; [Tradução Flávio Paulo Meurer e nova revisão da tradução por Enio Paulo Giachini]. – 6ª edição – Petrópolis, RJ : Vozes, Bragança Paulista, SP : Editora Universitária São Francisco, 1997, - Segunda Parte: A Extensão da Questão da Verdade à Compreensão nas Ciências do Espírito.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito: [tradução João Baptista Machado] – 6ª ed. – São Paulo; Martins Fontes, 1998.

LACERDA, Paulo José M.; CARNEIRO, Renato César; SILVA, Valter Félix da. O Poder Normativo da Justiça Eleitoral, João Pessoa, Sal da Terra, 2004.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo e TAVARES, André Ramos. Vade-Mécum Eleitoral, Integrado com Resoluções, Súmulas e Jurisprudência, Fórum, Belo Horizonte, 2011.

MACKAY, Charles. Ilusões Populares e a Loucura das Massas, tradução Fidelity Translations. Rio de Janeiro, 2001.

MENDES, Gilmar. Estado de Direito e Jurisdição Constitucional 2002-2010, Saraiva, Série IDP, 2011.

MENDES, Gilmar. Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo, Saraiva, 1990.

NETO, Manoel Carlos de Almeida. Reflexões sobre a nova tipologia das resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, in Revista Brasileira de Direito Eleitoral, Belo Horizonte, n. 3, p. 179/188.

NINO, Carlos Santiago. Introdução à análise do direito; tradução Elza Maria Gasparotto; revisão da tradução Denise Matos Marino – São Paulo; Editora WMF Martins Fontes, 2010.

RIBEIRO, Fávila. Pressupostos Constitucionais do Direito Eleitoral. Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 93.

QUEIROZ, Cristina. A Interpretação Constitucional e o Poder Judicial – Sobre a Epistemologia da Construção Constitucional, Coimbra Editora, 2000.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda, Revista de Direito do Estado - v.1, n. 2, abr./jun. 2006.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 7ª ed., RT, 1991.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas, 4ª edição – São Paulo: Saraiva, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. http://www.stf.jus.br.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. http://www.tse.jus.br.

WOLFE, Christofer. La Transformacion de La Interpretacion Constitucional; [Traducción de María Gracia Rubio de Casas y Sonsoles Valcárcel]. – Madrid : Editorial Civitas, S. A., 1991.

CAPÍTULO 5

CONCEITO TRIDIMENSIONAL E INTERPRETATIVO DO DIREITO

Eitel Santiago de Brito Pereira[78]
DOI 10.11117/9788565604109.05

1 Esclarecimentos preliminares

Que é o Direito? Enfrento tal questão no presente artigo, que reparti em cinco secções.

Aqui, na primeira parte, trago esclarecimentos sobre o desenvolvimento do texto. Penso que a divisão facilita a leitura, favorecendo a compreensão do escrito que desenvolvi com apoio em duas ordens de pesquisas, a saber: (1ª) estudos de obras de autores nacionais e estrangeiros; e (2ª) investigações empíricas apoiadas em documentos (arestos do STF e do STJ) publicados no Diário da Justiça da União, que circula por meio eletrônico (Internet).

A investigação experimental restringiu-se à análise de dois casos julgados por Tribunais Superiores no período posterior à promulgação da Constituição de 1988. Não teve, portanto, amplitude. Todavia, a limitação não a desmerece, porque as decisões escolhidas são úteis para demonstrar o acerto da resposta que ofereço à questão formulada.

Indicado o motivo da repartição e apontados os marcos teóricos utilizados para o desenvolvimento do texto, passo a indicar qual é o conteúdo de cada uma das frações que o formam.

Discorro na segunda parte sobre as visões mais antigas e reducionistas do Direito, sublinhando que estão ultrapassadas na atualidade.

Na terceira porção, mostro como as modernas teorias conceituam o Direito, tecendo comentários sobre as reflexões de Gustav Radbruch e Miguel Reale, que concordam com a tridimensionalidade do fenômeno jurídico.

---

[78] Mestrando em Constituição e Sociedade pela Escola de Direito do IDP

Na quarta fração do meu discurso, apresento o conceito tridimensional e interpretativo do Direito, com esteio nas teorias defendidas por Ronald Dworkin e Lenio Luiz Streck.

Finalmente, no quinto e último segmento do texto, sem a pretensão de dizer algo de definitivo, respondo a pergunta adotando uma conceito tridimensional e interpretativo do Direito, que encontra confirmação na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

2 Visões reducionistas do Direito

Com amparo nas lições de Miguel Reale, registro que surgiram, ao longo do tempo, conceituações reducionistas, priorizando um dos aspectos da experiência jurídica, de acordo com a formação científica do pesquisador interessado em fornecer uma compreensão adequada do Direito.

O sociologismo – realismo segundo outros autores – pensa o Direito como fato social. Examina-o, portanto, à luz dos nexos de causalidade que ordenam os fatos do mundo físico. Detém-se sobre a eficácia social dos preceitos, desdenhando outros possíveis enfoques.

Para os seguidores desta vertente sociológica do pensamento, o que mais interessa "não é a regra jurídica como imperativo e comando, nem tampouco o valor que ela visa realizar, mas sim os fatos sociais surpreendidos em seus nexos de causalidade expressos em regras de caráter técnico."[79]

Outra visão exclusivista é a do normativismo lógico, que apreende o Direito numa dimensão de legalidade abstrata. Realça a imputabilidade da norma e demora-se na apreciação de sua vigência. Mas não considera importante indagar a respeito do sentido ético da ordem jurídica para justificar sua coercibilidade e eficácia social.

Os adeptos desta corrente não dedicam maior atenção ao fato externo e sensorialmente percebido como parte da natureza. Nem se incomodam muito

---

[79] REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 2º Vol. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva SA livreiros editores, 1975. P. 385.

com a eventual falta de harmonia entre o Direito e a Moral. No entendimento deles, importa apenas a significação concedida por uma norma ao fato. Aliás, o preceito jurídico contém um esquema de interpretação[80] e insere-se num sistema escalonado de normas, que se firmam numa lei fundamental (a Constituição, na ordem interna, ou algum Tratado, no plano internacional).

Desenvolve-se o normativismo lógico na teoria pura de Hans Kelsen, que fala expressamente do relativismo dos valores e aparta o Direito da Moral. Na compreensão daquele jurista, a validade da norma positiva independe de sua correspondência à Ética, até porque "uma norma jurídica pode ser considerada como válida ainda que contrarie a ordem moral."[81]

Embora admita a antinomia entre a norma jurídica e a norma moral, não se deve concluir que Kelsen chancele a possibilidade de um ordenamento absolutamente imoral ou injusto, desgarrado do conceito de bom. Não é essa a sua tese, conforme se verifica de suas próprias palavras:

> (...) Uma teoria dos valores relativista não significa – como muitas vezes erroneamente se entende – que não haja qualquer valor e, especialmente, que não haja qualquer Justiça. Significa, sim, que não há valores absolutos, mas apenas valores relativos, que não existe uma Justiça absoluta, mas apenas uma Justiça relativa, que os valores que nós constituímos através dos nossos atos produtores de normas e pomos na base dos nossos juízos de valor não podem apresentar-se com a pretensão de excluir a possibilidade de valores opostos.[82]

O certo, porém, é que os normativistas abrigam-se no parapeito da teoria pura e ficam resignados com a tarefa de apenas conhecer e descrever o Direito, sem tentar justificá-lo através da Moral. Aceitam a existência simultânea de vários sistemas éticos e, muitas vezes, antagônicos. Apregoam, por conta disso, a separação entre o Direito e a Moral, ou noutros termos, entre o Direito e a Justiça. Na visão deles, a validade de uma ordem jurídica não

---

[80] KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. – 7ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2006. – (Justiça e Direito).

[81] KELSEN, Hans. Obra citada. P. 77.

[82] KELSEN, Hans. Obra citada. P. 76.

resulta de sua conformação com a Moral ou a Justiça absoluta. O pluralismo de ordenamentos permite que um conjunto de normas imposto aos membros de uma comunidade contrarie determinada regulação ética e continue válido por ser compatível com um outro sistema de bons costumes.

Há, ainda, um terceiro modo de ver o Direito denominado de moralismo. Os moralistas apanham e engrandecem o conteúdo ou, noutras palavras, o sentido axiológico do Direito. Sustentam que existem princípios universais e obrigatórios de natureza moral que fundamentam o fenômeno jurídico.

Assim, a norma jurídica tem uma função diretiva, que é a realização da Justiça. Há um vínculo que liga o Direito à Moral e o reconhecimento desse liame afasta o moralismo da teoria kelseniana.

Para os moralistas, vale a tese de que a objetividade do Direito “resulta da força de seus comandos, haurida em princípios superiores às contingências de lugar e de tempo, e capaz de conquistar a adesão das consciências.” [83]

Depois de expor as três concepções que enfatizam apenas um dos elementos constitutivos do fenômeno jurídico, proclamo a predominância, na atualidade, das conceituações tridimensionais, que realçam a inteireza da experiência jurídica. Vou apresentá-las na próxima secção.

3 Concepção tridimensional do Direito

As teorias mais modernas superaram as visões reducionistas. Quando partem para uma definição, apreciam todas as dimensões da experiência jurídica. Sabem os seus corifeus que o Direito precisa ser inquirido como um conjunto de normas lastreado na aspiração de justiça presente na tessitura social.

Gustav Radbruch e Miguel Reale são expoentes do tridimensionalismo, pois identificam no Direito três elementos interdependentes: o fato, o valor e a norma.[84]

---

[83] REALE, Miguel. Obra citada. Págs. 423 e 424.

Radbruch sustenta a completude do Direito, reconhecendo sua dimensão de realidade ordenada. Porém, em sua definição, ele agrega o valor justiça aos elementos fático e normativo do Direito.

Realmente, para o filósofo europeu, a regulação corresponde ao fato e à norma. Dela se pode "predicar aquele caráter particular de realidade, isto é, positividade e, ao mesmo tempo, normatividade."[85] A essência da ordem jurídica encontra-se na sua "natureza positiva, mas, simultaneamente, normativa, social e geral." Nesta nuança, o Direito é visualizado "como o conjunto das regulações gerais para a vida humana em comum."[86]

No entanto, Radbruch descobre a inteireza do fenômeno jurídico partindo da ideia do valor que o informa: a justiça.[87] Embora admita que a referida virtude é complementada por "outros princípios fundamentais, se dela se quer derivar preceitos de Direito justo", registra que nela reside "o princípio específico do Direito, que nos dá pauta para a sua determinação conceptual." Com tal raciocínio, ele nos fornece uma definição que realça o aspecto moral e teleológico do objeto de nossos estudos: "o Direito é a realidade cujo sentido é servir à justiça."[88]

No tridimensionalismo proposto por Radbruch, a ideia do Direito corresponde à justiça, que não se distingue da equidade. As duas virtudes funcionam como caminhos diversos que levam ao Direito. Estabelece-se, por conseguinte, a sinonímia, porquanto a justiça "vê o caso singular do ponto de vista da norma geral", enquanto a equidade "busca no caso singular a sua própria lei," que também precisa de uma generalização. Existe, dessa forma, mera diferença metodológica "entre uma evolução dedutiva do direito justo a partir de princípios fundamentais universais, e um conhecimento indutivo do

---

84 REALE sustenta um tridimensionalismo específico, que confere unidade à experiência jurídica. Além disso, relaciona RADBRUCH entre os defensores do tridimensionalismo abstrato ou genérico. Ver obra citada, págs. 456/460.

85 RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução Marlene Holzhausen. Revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. – São Paulo: Martins Fontes, 2004. – (Coleção justiça e direito). P. 52.

86 RADBRUCH, Gustav. Obra citada. P. 53.

87 RADBRUCH, Gustav. Obra citada. Págs. 47/51.

88 RADBRUCH, Gustav. Obra citada. P. 51.

direito justo, segundo a ‘natureza da coisa’.”. Em resumo, para o mestre alemão “a equidade é a justiça do caso singular, e, portanto a sua consideração não nos obriga a alterar algo em nossa fórmula: o Direito é a realidade cujo sentido é servir à justiça.”[89]

Exposto o entendimento do professor alemão, detenho-me doravante na conceituação do filósofo brasileiro. Para Reale, o Direito pertence ao mundo da cultura e quem o observa percebe as suas três dimensões.

Reale preocupa-se em preservar a unidade do Direito e analisa de maneira integrada os seus elementos constitutivos. Não se limita a descrever a dimensão normativa da experiência jurídica, pois entende que todo preceito jurídico “envolve, na realidade, um fato que, iluminado por valores, dá lugar a uma atitude humana e a uma decisão.”[90]

O fenômeno jurídico é, na compreensão de Reale, uma “realidade ordenada de forma bilateral atributiva segundo valores de convivência”.[91] Há, portanto, inteireza na experiência jurídica, devendo o Direito de qualquer povo “ser considerado pleno, sem lacunas, não estaticamente, entendamo-nos, mas em ato, em processo, como ordenamento”.[92]

A plenitude do Direito mencionada por Reale significa que os conflitos humanos sempre podem ser resolvidos de acordo com os princípios superiores de organização da sociedade política onde eles eclodem.

Como se vê, Radbruch e Reale vinculam o Direito a valores da Ética e da Política, apoiando a tese de uma correspondência fortuita e parcial entre os sistemas normativos.

Para Radbruch, “a Moral, por um lado, é o fim do Direito, e, por outro, exatamente por isso, é fundamento de sua validade obrigatória.”[93] É correta,

---

89 RADBRUCH, Gustav. Obra citada. Págs. 47, 51 e 52.
90 REALE, Miguel. Obra citada. P. 489.
91 REALE, Miguel. Obra citada. P. 614.
92 REALE, Miguel. Obra citada. P. 624.
93 RADBRUCH, Gustav. Obra citada. P. 66.

portanto, a lição de Rudolf Von Ihering, quando prega "a luta pelo direito categoricamente como um dever da autoafirmação moral."[94]

Radbruch alega que entre o Direito e a Moral há inicialmente alguma tensão. Porém, o antagonismo dissipa-se com o passar do tempo. Eis como registra essa reflexão:

> (...) Em princípio, o Direito está tão alheio, tão diverso e provavelmente tão oposto à moral como está sempre o meio em relação ao fim, para, em seguida, participar finalmente como meio de realização valorativa moral, do valioso de seu fim, e, assim, já reservada a sua autolegalidade, ser acolhido pela moral.[95]

Reale também discrimina o Direito da Moral. Quanto à forma, defende que o Direito é um sistema bilateral atributivo, cujo objetivo primordial é o ato exteriorizado a partir da intenção do agente; enquanto a Moral se caracteriza por ser unilateral e ter por propósito a intenção a partir da exteriorização do ato. Em sua forma, o Direito sempre é heterônomo, coercível e dotado de predeterminação objetiva; enquanto a Moral geralmente é autônoma, incoercível e desprovida de modelos tipológicos. Ademais, a finalidade do Direito é a realização do bem comum e a preservação dos valores de convivência consagrados na ambiência social; enquanto a Moral preocupa-se em alcançar o bem individual, ou, noutros termos, os valores da própria pessoa.

O mestre brasileiro não fala, contudo, em tensões provocadas por choques dos dois sistemas. Pelo contrário, patrocina a tese de que existe harmonia entre os princípios morais e jurídicos. A eticidade caracteriza o fenômeno jurídico, estando os dois sistemas jungidos por raízes espirituais.[96]

A visão plena a respeito do Direito, nele incorporando conteúdo ético, projeta Radbruch e Reale no cenário da Filosofia e predomina na atualidade,

---

94 RADBRUCH, Gustav. Obra citada. P. 69.
95 RADBRUCH, Gustav. Obra citada. P. 70.
96 REALE, Miguel. Obra citada. Págs. 625 e 626.

pois tem recebido preciosos acréscimos de outros pensadores, como se verá no próximo segmento.

4 Conceito tridimensional e interpretativo do Direito

Ninguém mais se anima a defender posições reducionistas na conceituação do fenômeno jurídico. Apesar disso, os tridimensionalistas de diferentes matizes não chegaram a um consenso sobre o nível de relacionamento entre o Direito e a Moral. Talvez resida nesta altercação o principal problema de quem se dispõe a fornecer uma conceituação segura do Direito.

A partir dos debates a respeito das relações entre o Direito e a Moral, separam-se os juristas em positivistas e não-positivistas. Todos, porém, concordam que há uma preponderante dimensão normativa no fenômeno jurídico.

Segundo Robert Alexy, o que efetivamente diferencia uns dos outros é que os não-positivistas pensam que o Direito deve ser definido de uma forma que, além das "características que se orientam por fatos reais, inclua elementos morais."[97]

Na perspectiva exposta, o estadunidense Ronald Dworkin enquadra-se no rol dos jurisconsultos não-positivistas, porque coloca no conceito do Direito evidente conteúdo ético. Defende a integridade do Direito, conferindo-lhe "um conceito interpretativo".[98]

Dworkin acosta-se ao ensinamento de Hans Georg Gadamer, consentindo que o ato de compreender e interpretar "pertence ao todo da experiência do homem no mundo".[99] O Direito, em sua integridade

---

[97] ALEXY, Robert. *Conceito e validade do Direito*. Organização Ernesto Garzón Valdés... [et al]. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. – (Biblioteca jurídica WMF).. Págs. 4 e 5.

[98] DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leite Rios. – 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007. – (Justiça e direito). P. 109.

[99] GADAMER, Hans Georg. *Verdade e Método*. Volume I. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão e tradução de Enio Paulo Giachini. 11. ed. - Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2011. P. 29.

tridimensional, precisa ser decifrado por quem o aplica. A interpretação/aplicação faz-se evidentemente através da exegese das leis, que compõem o ordenamento e caracterizam a dimensão normativa da experiência jurídica.

As normas são comandos, autorizações e proibições expressas através da linguagem, ou, noutras palavras, por intermédio de um sistema de sinais ou símbolos usados pelo ser humano para se comunicar, tanto na fala como na escrita. Na maior parte dos Estados existentes no mundo, as disposições legais exprimem-se em textos grafados.[100]

Entretanto, mister se faz sublinhar uma circunstância. Quer seja oral ou escrito o preceito, nem sempre a linguagem nele utilizada é facilmente decifrada pelos agentes encarregados de aplicá-lo, ou pelas pessoas submetidas ao seu império. Em muitos casos, a compreensão de um dispositivo fica difícil porque o legislador empregou palavras plurívocas, ou porque não conseguiu transmitir com clareza o seu pensamento. Ademais, sendo deliberação do passado e baseada em valores da época em que foi adotada, a norma precisa amoldar-se às novas aspirações que surgiram e influenciam a vida no momento de sua aplicação. A interpretação surge, destarte, como uma necessidade natural. Em harmonia com esta preleção, Dworkin proclama que "o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva".[101]

Na doutrina de Dworkin, o Direito desponta na completude de sua tridimensionalidade no momento indivisível da interpretação/aplicação das normas, quando se manifesta a tutela jurisdicional do Estado. Para provar a tese, ele recorre ao raciocínio de um juiz na resolução de um caso de infortunística:

> (...) Os processos judiciais sempre suscitam, pelo menos em princípio, três diferentes tipos de questões: questões de fato, questões de direito e as questões interligadas de moralidade política e fidelidade. Em primeiro lugar, o que aconteceu? O

---

[100] Excetuam-se os países que adotam o modelo do *"Common Law"*.

[101] DWORKIN, Ronald. Obra citada. P. XI do Prefácio.

> homem que trabalhava no torno mecânico realmente deixou cair uma chave inglesa no pé de seu companheiro de trabalho? Em segundo lugar, qual a lei pertinente? A lei permite que um operário assim ferido obtenha indenização de seu patrão? Por último, se a lei negar o ressarcimento, será injusto? Se for injusto, devem os juízes ignorar a lei e assegurar a indenização de qualquer modo?[102]

Partidário do tridimensionalismo, Dworkin repudia as conceituações reducionistas, expostas na segunda parte deste trabalho. Agrupa-as em duas correntes: (a) o convencionalismo, e (b) o pragmatismo. O convencionalismo coincide com o normativismo abstrato (positivismo), pois aviva a importância das convenções jurídicas expressas no conjunto de leis e nos precedentes jurisprudenciais. Por seu turno, o pragmatismo fica próximo do sociologismo. É uma nomenclatura diversa para a posição que também se denomina de realismo e cuja natureza cética nega a possibilidade de terem as deliberações políticas do passado (leis ou decisões judiciais) serventia para justificar, no presente, o emprego do poder coercitivo do Estado. Segundo o professor americano, o pragmatismo fundamenta-se

> (...) na justiça, na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão coercitiva, como e quando ela é tomada por juízes, e acrescenta que a coerência com qualquer decisão legislativa ou judicial anterior não contribui, em princípio, para a justiça ou a virtude de qualquer decisão atual. Se os juízes se deixarem guiar por esse conselho, acredita ele, então a menos que cometam grandes erros, a coerção que impõem tornará o futuro da comunidade mais promissor, liberado da mão morta do passado e do fetiche da coerência pela coerência."[103]

A tese da integridade do Direito não apoia o pragmatismo. Busca a inteireza do Direito e, como o convencionalismo, respeita as convenções. Percebe, porém, que as leis e os precedentes judiciais não fornecem, algumas vezes, a justificativa satisfatória para a manifestação, no presente, da força coercitiva estatal. Pensa, então, o Direito partindo da pressuposição de que há

---

[102] DWORKIN, Ronald. Obra citada. Págs. 5 e 6.
[103] DWORKIN, Ronald. Obra citada. P. 185.

dois princípios de integridade política informando a experiência jurídica. Um deles, de natureza legislativa, postula que os legisladores "tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente". O outro, de feição jurisdicional, pleiteia que "a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido".[104]

A teoria examinada efetivamente encontra, ao lado da legalidade e da faticidade, o terceiro componente axiológico na estrutura do Direito, que sempre envolve o conjunto de preceitos morais que lhe servem de fundamento. Para Dworkin, o Direito é uma espécie de 'romance em cadeia'[105] escrito por vários autores, que conserva, no entanto, uma conexão de sentido revelada em sua interpretação.

Assim, mesmo em relação à compreensão de um tema já apreciado no passado, pode o magistrado, quando desafiado a enfrentá-lo noutro julgamento algum tempo depois, introduzir acréscimos que considere necessários ao deslinde da causa. O juiz, num sentido metafórico, desempenha o heróico papel de um verdadeiro 'Hércules', porque tem a invulgar capacidade de encontrar a única resposta correta para a resolução de um problema jurídico. Pode, outrossim, transformar a compreensão a respeito do assunto debatido. Nada lhe impede de achar "a resposta certa" para a composição do litígio, ainda que precise superar as convenções e os precedentes, patrocinando uma exegese completamente inovadora. Todavia, essa única "resposta certa" não pode ser arbitrária, fruto do livre arbítrio do intérprete/aplicador, mas precisa sempre se fundamentar nos princípios de justiça, equidade e devido processo legal, que informam a organização política.[106]

Como se observa, a integridade do Direito ostenta forte conotação exegética, permitindo que a jurisprudência inove na ordem jurídica no momento da interpretação/aplicação da lei. Afinal, como assinala Dworkin, há em qualquer decisão judicial "uma peça de Filosofia do Direito, mesmo quando a filosofia está oculta e o argumento visível é dominado por citações e listas de

---

104 DWORKIN, Ronald. Obra citada. P. 213.
105 DWORKIN, Ronald. Obra citada. Capítulo VII. 'Integridade no direito'. P. 275.
106 DWORKIN, Ronald. Obra citada. P. 272.

fatos. A doutrina é a parte geral da jurisdição, o prólogo silencioso de qualquer veredicto."[107]

Apesar disso, a tese examinada prima pela coerência. Quem dela compartilha não se acomoda ao solipsismo discricionário da interpretação do jurista pragmático. Pelo contrário, defende uma hermenêutica interligada às premissas morais impregnadas na estruturação política do Estado contemporâneo, tais como as referentes à democracia, à justiça, à equidade, à dignidade da pessoa humana e ao devido processo legal.

Disso resulta que não é arbitrária a tese afirmando a possibilidade de o Juiz 'Hércules' encontrar 'a resposta certa' quando chamado a interpretar/aplicar a legislação para dirimir algum litígio. Nem significa a teoria que o magistrado possa criar livremente a norma, desdenhando dos axiomas morais que orientam a Constituição política. O sentido da teoria sobre a integridade do Direito é outro bem diferente. Dworkin sabe que "não tem sentido, em um Estado Democrático de Direito, que os juízes tenham discricionariedade para decidir" de qualquer forma.[108]

Lenio Luiz Streck revela sua simpatia pela doutrina tridimensional e interpretativa do Direito como integridade. Ressalta, em sua defesa, que o mestre estadunidense segue a hermenêutica filosófica. Desse modo, quem fizer a leitura de sua obra deverá recordar "da 'applicatio' gadameriana e sua incindibilidade para com a interpretação", uma vez que

> (...) Essa circunstância favorece em DWORKIN a utilização da integridade e da coerência como modos de controlar/amarrar o intérprete, evitando discricionariedades e arbitrariedades, problemática que perpassa toda esta obra. E não esqueçamos, numa palavra, o que GADAMER dizia acerca da acusação de irracionalidade e/ou de relativismo à hermenêutica: o relativismo não deve ser combatido; deve ser destruído. Parece

---

[107] DWORKIN, Ronald. Obra citada. P. 113.

[108] STRECK, Lenio Luiz. VERDADE E CONSENSO: CONSTITUIÇÃO, HERMENÊUTICA E TEORIAS DISCURSIVAS. 4. ed. - São Paulo: Saraiva, 2011 (Bibliografia. 1. Direito Constitucional. 2. Epistemologia Jurídica. 3. Filosofia do Direito. 4. Hermenêutica. I. Título). P. 485.

> claro isso: o irracionalismo é, paradoxalmente, produto da 'racionalidade instrumental' da modernidade![109]

O aspecto argumentativo da mencionada doutrina também merece ser destacado. As práticas das legislaturas, dos agentes administrativos e, principalmente, dos órgãos jurisdicionais são autênticas fontes do Direito. Por isso mesmo, os discursos das pessoas envolvidas em tais atividades desvendam os significados das leis à luz dos axiomas que fundamentam a organização da comunidade.

Assevera Dworkin que se descobre o fenômeno jurídico em toda sua inteireza no momento incindível da interpetação/aplicação da Constituição e das leis vigentes. Daí a importância do exame da jurisprudência quando se almeja definir o Direito. É a maneira de harmonizar o anseio de segurança jurídica com a pretensão da legitimidade de um Direito justo e democrático.

Realmente, ninguém desconhece que o juiz exerce, ao lado do legislador e do administrador, importante papel no drama jurídico. Ao proferir suas decisões, assunta sobre o Direito. Em tais oportunidades, depara-se com a tridimensionalidade da norma, revelando sua significação através do discurso interpretativo. Dworkin considera necessário que o discurso seja coerente com os princípios de um Direito justo e imposto na ambiência do regime democrático.

O Direito como integridade é uma tese idealista. Habermas sublinha tal característica, enunciando que:

> (...) Com o conceito da 'integridade' DWORKIN tenta explicar que todas as ordens jurídicas modernas apontam para a ideia do Estado de direito, proporcionando um ponto firme para a hermenêutica crítica na história institucional, mesmo que os vestígios deixados pela razão prática sejam muito esmaecidos. O princípio da integridade caracteriza o ideal político de uma comunidade, na qual os parceiros associados do Direito se reconhecem reciprocamente como livres e iguais. É um princípio que obriga tanto os cidadãos como os órgãos da legislação e da jurisdição a realizar a norma básica da igual

---

[109] STRECK, Lenio Luiz. Obra citada. P. 395.

> consideração e do igual respeito por cada um nas práticas e instituições da sociedade...[110]

Em Dworkin, Direito, Política e Moral são sistemas que funcionam em harmonia. No momento da criação, o legislador incorpora no conteúdo da norma os valores consensualmente aceitos no seio da coletividade. No entanto, com o passar do tempo surgem novos parâmetros de avaliação das ações humanas, os quais suplantam aqueles predominantes no passado. Por vezes a decisão legislativa, adotada com base nas circunstâncias da época da elaboração do preceito, torna-se imprestável para justificar a obediência dos súditos nos tempos presente e futuro. Quando isso ocorre, os juízes buscam solucionar os conflitos que surgem na comunidade interpretando a lei e até criando novas normas. A tese do Direito como integridade sabe que isso acontece. Contudo, ao contrário do pragmatismo, não admite que a interpretação construtiva afronte os princípios morais e políticos que informam a organização democrática do Estado de Direito. Os axiomas morais e políticos que orientam sua exegese não são escolhidos pelo intérprete/aplicador, mas os consagrados na comunidade.

Fenômeno tridimensional de natureza interpretativa, o Direito como integridade impõe, como nota Ciarlini, aos órgãos jurisdicionais que façam, na aplicação das normas – especialmente as de conteúdo constitucional – "uma interpretação reconstrutiva delineada nos marcos históricos do Direito e nos princípios políticos que pontuam o Estado democrático de direito."[111]

Eis a essência da doutrina de Dworkin enaltecida por Streck, que nela agrega algumas observações, pois ressalta a "obrigação de os juízes respeitarem a integridade do Direito e a aplicá-lo coerentemente."[112]

Streck patrocina uma tese que

---

110 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I. 2ª ed. Revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 2010. P. 267.

111 CIARLINI, Alvaro Luis de Araújo. *O Direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição*. Brasília: UnB [dissertação de mestrado], 2007. P. 262.

112 STRECK, Lenio Luiz. Obra citada. P. 618.

> (…) é uma simbiose entre as teorias de GADAMER e DWORKIN, com o acréscimo de que a resposta não é nem a única nem a melhor: simplesmente se trata 'da resposta adequada à Constituição', isto é, uma resposta que deve ser conformada na própria Constituição, na Constituição mesma.[113]

Concorda o jurisconsulto brasileiro que o Direito, em sua inteireza tridimensional, é um conceito hermenêutico. Acrescenta, então, que:

> (...) a interpretação do direito é um ato de "integração", cuja base é o círculo hermenêutico (o todo deve ser entendido pela parte, e a parte só adquire sentido pelo todo), sendo que o sentido hermeneuticamente adequado se obtém das concretas decisões por essa integração coerente na prática jurídica, assumindo especial importância a autoridade da tradição (que não aprisiona, mas funciona como condição de possibilidade).
> Não esqueçamos que a constante tarefa do compreender *consiste em elaborar projetos concretos*, adequados às coisas, como bem lembra Gadamer. Aqui não há outra "objetividade" além da elaboração da opinião prévia a ser confirmada. Faz sentido, assim, afirmar que o intérprete não vai diretamente ao "texto", a partir da opinião prévia pronta e instalada nele. Ao contrário, expressamente, coloca à prova essa a opinião prévia instalada nele a fim de comprovar sua legitimidade, aquilo que significa, a sua origem e a sua validade.
> A decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do direito, a partir de uma detalhada fundamentação. Argumentos para a obtenção de uma resposta adequada à Constituição (resposta correta) devem ser *de princípio*, e não *de política*. Dito de outro modo, não se pode "criar um grau zero de sentido" a partir de argumentos de política (*policy*), que justificariam atitudes/decisões meramente baseadas em estratégias econômicas, sociais ou morais.[114]

José Afonso da Silva também percebe que "o Direito é fenômeno histórico-cultural, realidade ordenada, ou ordenação normativa da conduta

---

113 STRECK, Lenio Luiz. Obra citada. P. 621.
114 STRECK, Lenio Luiz. Obra citada. P. 591.

segundo uma conexão de sentido"[115]; sentido, convém dizer, que se encontra no sistema de valores inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Conclusão

Cabe-me neste segmento apresentar uma conclusão, respondendo à questão formulada no início do presente trabalho.[116]

As modernas teorias adotam a concepção tridimensional e interpretativa do Direito, porque o veem em sua completude. Percebem a sua faticidade, pois é um fenômeno sensorialmente perceptível na ambiência social; divisam sua feição de sistema de normas, porque a sua concretude repousa no estabelecimento de uma ordem de regulação das relações humanas no interior da coletividade; e enxergam o seu aspecto axiológico, uma vez que o ordenamento incorpora o conteúdo do conjunto de valores morais presentes na comunidade onde se aplica.

Para comprovar que essas teorias repercutem na jurisprudência brasileira, recordarei algumas decisões. A primeira é da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça e foi proferida no Recurso Especial nº 708.549/RS, que teve como relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca.[117]

O processo tratava de uma subtração perpetrada em concurso de pessoas. Em sua decisão, encontro a prova do tridimensionalismo do fenômemo jurídico, pois o Judiciário enfrentou problemas de fato, de direito, e referentes aos princípios morais que fundamentam a imposição da pena, exigindo que guarde uma relação de proporcionalidade com o fato delituoso.[118]

Com efeito, o STJ respondeu a questões de fato, de direito e de conteúdo moral, quando deu provimento ao excepcional reclamo. Replicou questões de fato, ao concluir que os denunciados, no dia e hora narrados na denúncia, agiram de forma livre e consciente, subtraindo a *res* furtiva e

---

[115] SILVA. José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 33.
[116] Como as modernas teorias conceituam o Direito?
[117] Decisão do STJ publicada no Diário da Justiça da União de 05.09.2005. p. 473.
[118] Decisão publicada no Diário da Justiça da União de 05.09.2005, p. 473.

chegando a dela se apossar tranquilamente. Redarguiu, por outro lado, questões de direito, ao considerar aplicáveis no caso as regras da legislação definidoras do crime consumado e doloso de furto qualificado pelo concurso de pessoas (artigos 14, I, 18, I, e 155, § 4º, IV, do CP), pois os réus eram imputáveis e não existia em favor deles circunstância alguma capaz de excluir a ilicitude de seus comportamentos, ou de isentá-los de pena (artigos 20/28 do CP). E, também resolveu questões de direito e de moralidade, ajustando que: a) havia previsão normativa expressa para agravar o crime de furto (inciso IV, do § 4º, do artigo 155, do CP); e b) era incabível impor, por analogia, outra causa de aumento (§ 2º, do artigo 157, do Código Penal), pois a segunda majoração exasperava de forma injustificada a penitência, contrariando o fundamento moral da pena justa e proporcional à ofensa causada pelo delito.

A segunda decisão que invoco, para demonstrar que repercute na jurisprudência as teses já apresentadas, é a do Pretório Excelso, no julgamento da ADPF nº 153/DF[119], que teve o Ministro Eros Grau como relator.

Na aludida ADPF, promovida pela Ordem dos Advogados do Brasil, discutiu-se a extensão da prerrogativa conferida ao Judiciário para inovar no ordenamento jurídico. Pois bem, o Excelso Pretório, prestigiando a teoria tridimensional e interpretativa do Direito como integridade, afirmou que há axiomas que precisam ser respeitados pelo intérprete aplicador. Inclusive deixou bem claro que:

> (...) 7. No Estado democrático de direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever leis de anistia.
> 8. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade impuserem, haverá – ou não – de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário.
> 9. A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a

---

[119] A sigla ADPF é usada para indicar uma ação da competência da jurisdição constitucional denominada de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

> [re] instaurou em seu ato originário. A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, 'a revolução branca' que a esta confere legitimidade. A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental...120

A integridade do Direito, concebido em sua tridimensionalidade interpretativa, foi observada nas duas decisões citadas. Mas nem sempre isso ocorre. Ainda há juízes, inclusive nos Tribunais Superiores, que insistem em deliberar pragmaticamente, amparando seus votos em princípios subjetivos e, por vezes, arbitrários porque antagônicos com os axiomas consagrados pela comunidade, que se estruturou como Estado Democrático de Direito.[121]

O Estado Democrático de Direito deve promover o bem de todos, sem preconceitos ou discriminações. Precisa atuar com suas funções separadas em órgãos distintos, num ambiente de pluralismo político, onde se reverencie a dignidade da pessoa humana, respeite os direitos fundamentais, e observe os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Funciona, portanto, como primordial parâmetro de interpretação/aplicação da normas da ordem democrática.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do Direito*. Organização Ernesto Garzón Valdés...[et al]. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. - (Biblioteca jurídica WMF).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Recurso Especial nº 708.549/RS. DJ de 05/09/2005.

---

[120] Trecho da Ementa do Acórdão, divulgado em 05/08/2010, no DJe nº 145. Publicação 06/08/2010. Ementário nº 2409-1.

[121] Constituição Federal (CF): artigos 1º/4º.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF. DJe nº 145, publicado em 06/08/2010. Ementário nº 2409-1.

CIARLINI, Alvaro Luis de Araújo. *O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição*. Brasília: UnB [dissertação de mestrado], 2007.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leite Rios. -2 ed. - São paulo: Martins Fontes, 2007. - (Justiça e direito).

GADAMER, Hans Georg. *Verdade e Método*. Volume I. Tradução de Flávio Paulo Meurer, revisão e tradução de Enio Paulo Giachini. 11. ed – Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I. 2ª ed. Revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa. Tradução Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: edições Tempo Brasileiro, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. - 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. - (Justiça e Direito).

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução Marlene Holzhausen. Revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. - São Paulo: Martins Fontes, 2004. - (Coleção justiça e direito).

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 2º Vol. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva SA livreiros editores, 1975.

SILVA. José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27ª edição. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. - São Paulo: Saraiva, 2011 (Bibliografia. 1. Direito Constitucional. 2. Epistemologia Jurídica. 3. Filosofia do Direito. 4. Hermenêutica. I. Título).

CAPÍTULO 6

A INCONSTITUCIONALIDADE DA DESCRIMINALIZAÇÃO DA MACONHA NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Adriana da Fontoura Alves[122]
DOI 10.11117/9788565604109.06

Resumo: O consumo da maconha, substância psicoativa ilícita no Brasil, tem sido associado a inúmeros efeitos deletérios sobre o organismo humano, conforme ampla comprovação disponível na literatura médica atual. Não obstante a hodierna argumentação favorável à descriminalização da substância, assentada sob a égide do direito individual à liberdade e, até mesmo a “utilização para fins medicinais” da maconha ser considerada lícita em alguns países, há aspectos muito controversos sobre o tema, que devem ser apreciados, de forma específica para o Estado brasileiro, notadamente no contexto da realidade sócio educacional pátria, à luz do que preceitua a Constituição Federal sobre o direito à saúde. A análise jurídica ponderada dos direitos envolvidos, do ponto de vista da constitucionalidade da descriminalização da maconha no Brasil, deve ser cuidadosa, no sentido de não menoscabar aspectos científicos inequívocos, com repercussões potencialmente graves, a médio e longo prazos em nossa sociedade.

Palavras-chave: maconha; descriminalização; constitucionalidade; saúde; Brasil.

Abstract :The consumption of marijuana, psychoactive substance illegal in Brazil, has been associated with numerous deleterious effects on the human

---

[122] Mestranda em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público, advogada especialista em Ciências Penais, em Direito do Estado e em Direito Civil e Direito Processual Civil. Médica, com título de especialista em Neurologia, Medicina Intensiva e Clínica Médica. Plantonista da Unidade de Terapia Intensiva - Neurotrauma do Hospital de Base do Distrito Federal.

organism, as ample evidence available in current medical literature. Despite today's argument in favor of decriminalization of substance, seated under the auspices of the individual right to liberty and even the "use for medical purposes" of marijuana is lawful in some countries, there are some very controversial aspects, which should be assessed specifically for the Brazilian State, especially in the context of national socio educational aspects, under of the Federal Constitution stipulates on the right to health. The analysis of the legal rights involved, in terms of the constitutionality of marijuana decriminalization in Brazil, must be carefully analyzed without downplay scientific aspects unequivocal, with potentially serious repercussions in the medium and long term in our society.

Keywords: marijuana; decriminalization; unconstitutionality; health; Brazil.

Introdução

A maconha é a substância ilícita mais utilizada e mais produzida no planeta, sendo cultivada em praticamente todos os países do mundo[123].

Segundo recente publicação das Nações Unidas, em 2009, entre 2,8 e 4,5% da população mundial, com idade entre 15 e 64 anos de idade - algo entre 125 e 203 milhões de pessoas - usaram maconha pelo menos uma vez no ano[124].

Os efeitos da maconha sobre o organismo humano dependem da dose e do modo de administração utilizados, bem como da experiência prévia do usuário com a substância. Em doses moderadas, as reações observadas envolvem relaxamento, modificações do humor, chegando à euforia, além de intensificação das percepções oriundas de experiências gustativas, auditivas, visuais e sexuais, ampliando a sociabilidade. A utilização de doses mais

---

[123] UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). **World Drug Report 2011**. United Nations Publication, 2011.
[124] Ibidem.

elevadas desencadeia reações agudas mais extremas que incluem ansiedade, reações de pânico e sintomas psicóticos[125].

Atualmente, a descriminalização da maconha está colocada na pauta das discussões nacionais, inclusive a partir do relatório da Comissão de juristas para elaboração de anteprojeto de reforma do Código Penal[126], publicado em junho de 2012, justificando-se um debate tecnicamente mais aprofundado, com ênfase para os aspectos médicos e constitucionais, propriamente ditos.

Efeitos clínicos associados ao consumo de maconha

A substância é preparada a partir da planta *Cannabis sativa*, cujo principal princípio ativo é o delta-9-tetrahidrocanabinol, conhecido como THC[127].

O THC tem ação no sistema nervoso central sobre receptores específicos que tem papel modulador na liberação de neurotransmissores, inibindo a acetilcolina, dopamina, ácido gama-aminobutírico, L-glutamato, serotonina e norepinefrina. Tais receptores são densamente encontrados no córtex cerebral, particularmente em áreas frontais, no cerebelo, em gânglios da base, no hipotálamo e no hipocampo. Tal distribuição topográfica explica os efeitos proeminentes do THC sobre a memória, a cognição e a função motora[128].

Do ponto de vista farmacológico, os efeitos do THC começam rapidamente, com um pico de ação cerca de 30 minutos depois de o indivíduo fumar um cigarro de marijuana (coleção de flores e folhas secas de *Cannabis sativa* enroladas) e desaparecem, em geral, depois de 4 a 6 horas, embora possam estender-se por até 24 horas[129].

---

[125] HALL, W., DEGENHARDT, L.. Adverse health effects of non-medical cannabis use. **The Lancet**, 2009. v. 374. p. 1383–91.
[126] MIGALHAS. **Entregue anteprojeto do novo CP**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI158412,11049-Entregue+anteprojeto+do+novo+CP>. Acesso em 05 ago 2012.
[127] SHANNON, M.W., BORRON, S.W., BURNS, M.. **Haddad and Winchester's Clinical Management of Poisoning and Drug Overdose**. St. Lois: Saunders, 2007, 4. ed.
[128] Ibidem.
[129] Ibidem.

As estimativas são de que a dependência física e psíquica da maconha ocorre em 7 a 10% dos consumidores regulares, sendo a maior precocidade do início do consumo da substância um preditor da futura dependência[130].

Há cada vez mais evidências científicas de que a exposição intensa à maconha pode elevar significativamente o risco de psicopatias e alguns estudos têm demonstrado que, atualmente, a concentração de THC encontrada na substância é maior do que há 10 ou 15 anos[131].

Os efeitos da maconha sobre o sistema nervoso central, em usuários crônicos, incluem déficits de memória, de atenção e de aprendizado, demonstrados em exames como o *PET scan* e eletroencefalograma, mesmo após 28 dias de abstinência. Em consequência, quando estão envolvidos crianças e adolescentes, observa-se redução do rendimento escolar, seguida de evasão. A seguir, esses jovens tendem ao desemprego, dependendo de amparo social do Estado[132].

A literatura especializada também tem relacionado o consumo de maconha à ocorrência de acidentes vasculares encefálicos isquêmicos, existindo evidências em exames de neuroimagem funcional, incluindo *PET scan* e ressonância magnética funcional, de que há redução do fluxo sanguíneo encefálico em lobos frontal, parietal, temporal e occipital durante a utilização aguda da substância[133].

Mais recentemente, tem havido crescentes evidências laboratoriais de que o sistema canabioide pode regular processos neurodegenerativos, tais como excesso de produção de glutamato, estresse oxidativo e neuroinflamação. Considerando que a neurodegeneração é uma característica comum a vários tipos de demência, foram iniciadas várias pesquisas científicas

---

[130] KALANT H. Adverse effects of cannabis on health: an update of the literature since 1996. **Progress in Neuro-Psychopharmacology and Biological Psychiatry**, 2004. v. 28. p. 849-63.
[131] UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). **World Drug Report 2011**. United Nations Publication, 2011.
[132] HALL, W., DEGENHARDT, L.. Adverse health effects of non-medical cannabis use. **The Lancet**, 2009. v. 374. p. 1383–91.
[133] GEIBPRASERT, S., GALLUCCI, M., KRINGS, T.. Addictive illegal drugs: structural neuroimaging. **American Journal of Neuroradiology**, 2010. v. 31. p. 803– 08.

interessadas na possível utilidade clínica da maconha entre as terapêuticas para interrupção do processo patológico em doença de Alzheimer e, nesse contexto, uma ampla revisão da literatura sobre o tema não encontrou evidências clínicas de que tal substância é efetiva na melhora do distúrbio de comportamento ou dos outros sintomas de demência, concluindo que são necessários mais estudos randomizados e duplo cegos para se determinar sobre a efetividade dos canabioides (compostos derivados da *Cannabis sativa*) no tratamento da demência[134].

Por outro giro, o consumo de maconha tem sido associado à elevação do risco de doenças psiquiátricas. Em diversos estudos clínicos, por tempo prolongado de acompanhamento a usuários com idade superior a 18 anos, em vários países, a incidência de esquizofrenia foi duas a quatro vezes superior à de não usuários, na mesma faixa etária, estimando-se que 13% dos casos de esquizofrenia poderiam ser evitados sem a utilização da maconha[135].

Um estudo histórico, tipo coorte, envolvendo mais de 50.000 recrutas suecos, revelou que os jovens que relataram consumo de maconha em mais de 50 ocasiões, ao longo dos 27 anos de observação, apresentaram um aumento de 6,7 vezes no risco de hospitalização secundária à esquizofrenia e outras psicoses[136].

Nesse sentido, uma revisão de cinco estudos longitudinais, de bom padrão técnico, concluiu, igualmente, que o consumo de maconha eleva o risco de desenvolvimento de esquizofrenia e outras psicoses[137].

No mesmo compasso, seguiram recentes meta-análises ensejando a conclusão de que existe, de fato, associação entre o consumo de maconha e o aparecimento precoce de doença psiquiátrica, o que justifica a afirmação de

---

[134] KRISHNAN S., CAIRNS, R., HOWARD, R. Cannabinoids for the treatment of dementia. **Cochrane Database Systematic Reviews**, 2009. v. 2.
[135] HALL, W., DEGENHARDT, L.. Adverse health effects of non-medical cannabis use. **The Lancet**, 2009. v. 374. p. 1383–91.
[136] DREWE, M., DREWE, J., RIECHER-RÖSSLER, A.. Cannabis and risk of psychosis. **Swiss Medical Weekly**, 2004. v. 134. p. 659-663.
[137] SMIT, F., BOLIER, L., CUIJPERS, P.. Cannabis use and the risk of later schizophrenia: a review. **Addiction**, 2003. v. 99. p. 425–430.

que reduzir o uso da substância pode retardar ou evitar vários casos de psicoses. Considerando-se que o diagnóstico de esquizofrenia tem pior prognóstico em faixas etárias mais jovens, evitar o consumo de maconha por crianças e adolescentes pode realmente minimizar a evolução da doença que, eventualmente, venha a se manifestar. Tal conclusão justifica, inclusive, adoção de medidas em relação a estratégias que envolvem a saúde pública[138,139].

Adicionalmente, há evidências sugestivas de que a maconha pode produzir um espectro de déficits cognitivos, de aprendizagem, de memória de fixação, da capacidade de abstração, da atenção, além de sintomas psicóticos, podendo aumentar o risco de desenvolvimento de esquizofrenia[140].

Há também, crescente número de meta-análises envolvendo estudos sobre depressão em consumidores de maconha demonstrando que existe a correlação, inclusive elevando o risco de suicídio em adolescentes[141].

Nesse contexto, vários estudos tem demonstrado que o início do consumo de maconha no início da adolescência aumenta o risco de ansiedade e depressão em adultos jovens[142].

O Colorado é um dos dezesseis Estados no Distrito da Califórnia – Estados Unidos da América – que deixou de ter restrições para quem cultive e distribua maconha com fins medicinais. Até outubro de 2011, um total de 88.872 pessoas havia validado seu registro para tal uso e, até setembro de 2010, 40% de todas dispensações medicinais de maconha nos Estados Unidos eram nesse Estado. A maioria desses pacientes é de adultos, além dos 41

---

[138] LARGE, M. et al. Cannabis use and earlier onset of psychosis. **Archives of General Psychiatry**, 2011. v. 68. p. 555-561.
[139] LARGE, M. et al. The association between cannabis use and earlier age at onset of schizophrenia and other psychoses: meta-analysis of possible confounding factors. **Current Pharmaceutical Design**, 2012.
[140] UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIMES. **World drug report**. Vienna: United Nations Publication, 2011.
[141] HALL, W., DEGENHARDT, L.. Adverse health effects of non-medical cannabis use. **The Lancet**, 2009. v. 374. p. 1383–91.
[142] HAYATBAKHSH, M. R. et al. Cannabis and anxiety and depression in young adults: a large prospective study. **Journal of the American Academy of Child & Adolescent Psychiatry**, 2007. v. 46. p. 408-17.

adolescentes cadastrados. Entretanto, tal situação tem gerado preocupações quanto ao “desvio” da substância para consumo de adolescentes, sem indicação médica para sua utilização, semelhante ao observado na prescrição de opioides. Esse cenário tornou o Colorado uma interessante oportunidade para avaliar o potencial desvio da prescrição médica de maconha para uso entre adolescentes, na medida em que abriu as portas para a prescrição médica da substância em larga escala e o número de indivíduos registrados para tal uso sextuplicou entre janeiro de 2009 e novembro de 2009, até que, atualmente, 2,3% da população adulta do Estado possui o registro para uso medicinal da maconha[143].

É interessante notar que a literatura especializada frequentemente descreve uma associação entre o consumo de maconha, mesmo que para fins terapêuticos, e a emergência de psicopatias e que no Estado do Colorado, durante o ano de 2009, foram registrados 940 suicídios, correspondendo a uma taxa de 18,4 óbitos/1000.000 residentes, a taxa mais elevada desde 1988, representando o dobro da média nacional dos Estados Unidos. Por isso, há imperiosa necessidade de que os sistemas médicos identifiquem, não somente as indicações terapêuticas para a utilização da maconha, mas principalmente, as contraindicações[144].

Existem três tipos de estudos epidemiológicos comumente utilizados para investigar a relação entre o consumo de maconha e acidentes automobilísticos: estudos transversais, estudos de coorte e estudos caso-controle. Muitas análises transversais têm detectado, de forma consistente, que, depois do álcool, a maconha é a substância psicoativa mais frequentemente associada a tais acidentes, com elevadas taxas de colisões dentro das primeiras duas horas após o consumo da droga pelos motoristas. Por outro giro, poucos estudos caso-controle e coorte têm demonstrado

---

[143] SALOMONSEN-SAUTEL, S. et al. Medical marijuana use among adolescents in substance abuse treatment. **Journal of American Academy of Child and Adolescence Psychiatry**, 2012.
[144] BINSWANGER, I., THURSTONE, C., NUSSBAUM, A.. Medical marijuana use and suicide attempt in a patient with major depressive disorder. **American Journal of Psychiatry**, 2011. v. 168. p. 778-781.

resultados inconsistentes. Diante de tal impasse, foi realizada uma revisão sistemática da literatura epidemiológica sobre o tema, com metodologia semelhante à utilizada pela rede *Cochrane Collaboration* e os resultados encontrados revelaram um risco dobrado do motorista que consumiu maconha envolver-se em acidentes automobilísticos que resultem em lesões graves ou morte, embora o risco de associação entre a utilização da substância e acidentes menos graves permaneça indefinido. Segundo os autores, essas conclusões convergem com estudos experimentais, sugerindo que a maconha realmente compromete a *performance* cognitiva e as tarefas motoras necessárias para manter uma capacidade de dirigir de forma segura[145].

Nesse cenário, é importante salientar que há estudos epidemiológicos acerca dos efeitos da maconha em condutores de veículos automotores que sugerem um aumento de duas a três vezes no risco de acidentes, nesse grupo populacional[146].

Há, também, observações de que as taxas de motoristas dirigindo sob a influência de maconha têm se elevado nos últimos anos. Segundo dados coletados, em 2004, no Canadá, 4% dos adultos relataram dirigir dentro da primeira hora após o consumo da substância, contra 1,9%, entre 1996 e 1997. Na Escócia, um levantamento à beira da estrada envolvendo 537 motoristas, revelou que 15% daqueles com idade entre 17 e 39 anos admitiram o uso de maconha nas 12 horas anteriores, enquanto o *European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction* encontrou testes positivos para maconha entre 0,3 e 7,4% dos motoristas dos seguintes países: Reino Unido, Dinamarca, Holanda, Noruega, Estados Unidos e Austrália[147].

---

[145] ASBRIDGE, M., HAYDEN, J.A., CARTWRIGHT , J.L. Acute cannabis consumption and motor vehicle collision risk: systematic review of observational studies and meta-analysis. **The British Medical Journal**, 2012. v. 344.

[146] HALL, W., DEGENHARDT, L.. Adverse health effects of non-medical cannabis use. **The Lancet**, 2009. v. 374. p. 1383–91.

[147] ASBRIDGE, M., HAYDEN, J.A., CARTWRIGHT , J.L. Acute cannabis consumption and motor vehicle collision risk: systematic review of observational studies and meta-analysis. **The British Medical Journal**, 2012. v. 344.

Outro aspecto significativo é que o uso de maconha durante a gestação tem sido associado, de forma consistente, a alterações sobre o concepto, causando baixo peso ao nascimento, retardo do desenvolvimento do sistema visual, tremor, baixas performances na memória das crianças, além de aumento na delinquência juvenil.[148]

Há estudo específico sobre os efeitos do uso pré-natal de um ou mais cigarros de marijuana ao dia, demonstrando que tal exposição tem significante impacto negativo no desenvolvimento intelectual dessas crianças na fase escolar[149].

De forma adicional, o consumo regular de maconha comumente associa-se a sintomas de bronquite, elevação da frequência de infecções respiratórias e de neoplasias malignas do aparelho respiratório [150].

Usuários de maconha também apresentam maior incidência de infarto do miocárdio[151], podendo ensejar elevação do risco de óbito em três vezes, em comparação ao grupo de não usuários[152].

Nos Estados Unidos da América, ao analisar dados epidemiológicos sobre o consumo/dependência de maconha em Estados que promoveram descriminalização para uso medicinal da substância e nos que não o fizeram, Cerdá e cols. observaram que adultos vivendo no primeiro grupo apresentaram maiores taxas, quando comparadas àqueles Estados que não modificaram em sua legislação restritiva[153].

---

[148] HALL, W., DEGENHARDT, L.. Adverse health effects of non-medical cannabis use. **The Lancet**, 2009. v. 374. p. 1383–91.
[149] GOLDSCHMIDT, L. et al. Prenatal marijuana exposure and intelligence test. Performance at Age 6. **Journal of American Academy of Child and Adolescent Psychiatry**, 2008. v.47. p. 254-263.
[150] HALL, W., DEGENHARDT, L.. Adverse health effects of non-medical cannabis use. **The Lancet**, 2009. v. 374. p. 1383–91.
[151] Ibidem.
[152] MUKAMAL, K. J. et al. An exploratory prospective study of marijuana use and mortality following acute myocardial infarction. **American Heart Journal**, 2008. v. 155. p. 465-70.
[153] CERDÁ, M. et al. Medical marijuana laws in 50 states: Investigating the relationship between state legalization of medical marijuana and marijuana use, abuse and dependence. **Drug and Alcohol Dependence**, 2012. v. 120. p. 22– 27.

Estudo com desenho semelhante, entre adolescentes de 12 a 17 anos de idade, com dados do *National Survey on Drugs Use and Health*, entre 2002 e 2008, demonstrou que os Estados que permitiram o uso medicinal da maconha apresentaram consumo mais elevado da substância entre adolescentes que, inclusive, demonstraram reduzida percepção dos riscos associados a sua utilização[154].

No Brasil, estudo realizado na Unidade de Álcool e Drogas da Universidade de São Paulo, envolvendo 104 usuários crônicos de maconha, ao avaliar funções neurocognitivas ensejou a seguinte percepção: o consumo crônico da substância, iniciado na adolescência, antes dos 15 anos de idade, levou a comprometimento cognitivo dos usuários, quando comparados ao grupo controle[155].

O consumo de maconha tem sido associado, de forma cientificamente consistente, a consequências negativas sobre a memória de curto prazo (com duração característica inferior a um minuto, com capacidade limitada para 5 ou 6 palavras, ou 7 dígitos), a memória de trabalho (tipo especial de memória de curto prazo, com capacidade para manipular a informação em pouco tempo) e a interação entre os eventos cognitivos e a emoção. Tais alterações justificariam a epidemiologia que associa o uso da substância à maior prevalência de acidentes automobilísticos graves, psicoses, depressão e redução da trajetória acadêmica[156].

No mesmo contexto, há evidências que mostram associação entre o consumo de maconha e baixo resultados acadêmicos, especialmente com retardo para conclusão do ensino médio e menor grau acadêmico alcançado na idade adulta[157].

---

[154] WALL, M. M. et al. Adolescent marijuana use from 2002 to 2008: higher in states with medical marijuana laws, cause still unclear. **Annals of Epidemiology**, 2011. v. 27. p. 14-716.
[155] FONTES, M.A. et al. Cannabis use before age 15 and subsequent executive functioning. **The British Journal of Psychiatry**, 2011. v. 198. p. 442–447.
[156] TORRES, G., FIESTAS, F.. Efectos de la marihuana en la cognición: una revisión desde la perspectiva neurobiológica. **Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública**, 2012. v. 29. p. 127-34.
[157] Ibidem.

Estudos recentes envolvendo usuários de maconha têm acumulado suficientes evidências da associação entre o consumo crônico da substância e o comprometimento da memória. Os déficits funcionais descritos aumentam proporcionalmente à frequência e tempo de consumo, bem como à dose utilizada e à mais tenra idade de início do uso da maconha. Adicionalmente, outros estudos focados em usuários abstinentes demonstram que a disfunção da memória persiste por algum tempo após a intoxicação aguda, sugerindo a ação de resíduos da substância, levando a um estado crônico de intoxicação, ou que a alteração neurológica requer um período de tempo prolongado, ainda indeterminado, para sua recuperação[158].

Estudo realizado nos Estados Unidos, envolvendo 102 usuários crônicos (quase diariamente, por mais de duas décadas), corrobora a conclusão de que o consumo da substância compromete a atenção e a memória[159].

Relação com a baixa escolaridade dos usuários

Na literatura neurológica especializada há numerosos estudos que têm demonstrado o efeito protetivo da escolaridade mais ampla sobre o encéfalo, no que tange ao desencadeamento de processos demenciais, em geral. Trata-se da hipótese da reserva cognitiva, que explicaria a baixa correlação temporal entre a observação de marcadores patológicos para demência e sua apresentação clínica. Assim, pessoas com maior escolaridade teriam retardado o início das evidências clínicas de demência e, de forma correspondente, a baixa escolaridade seria fator de risco para a precocidade de tais manifestações[160].

Objetivamente, a teoria da reserva cognitiva define que a maior escolaridade resulta em uso mais efetivo das redes cerebrais que sustentam lesões estruturais sem que sejam perceptíveis os déficits na cognição, pelo

---

[158] SOLOWIJ, N., BATTISTI, R. The chronic effects of cannabis on memory in humans: a review. **Current Drug Abuse Reviews**, 2008. v. 1. p. 81-98.
[159] SOLOWIJI, N., et al. Cognitive functioning of long-term heavy cannabis users seeking treatment. **Journal of American Medicine Association**, 2002. v. 287. p. 1123-1131.
[160] HALL, C.B. et al. Education delays accelerated decline on a memory test in persons who develop dementia. **Neurology**, 2007. v. 69. p. 1657–1664.

menos por um certo período de tempo. Em países como o Brasil, estudos têm demonstrado que idosos analfabetos ou de baixa escolaridade apresentam maior prevalência de demência, quando comparados àqueles com melhor nível educacional, ensejando a percepção de que educação escolar nas fases precoces da vida deve ser vista como um assunto de saúde pública, na medida em que tende a assegurar uma reserva cognitiva, prevenindo a demência[161].

Segundo dados do último Censo do IBGE, no Brasil há cerca de 14 milhões de analfabetos, na faixa etária acima de 15 anos de idade e em crianças abaixo de 10 anos a taxa dos que não sabem ler e escrever é de 6,5%[162].

Diante de tal realidade associada à população brasileira, o consumo de maconha tende a amplificar negativamente essa situação, com potencialidade de transformar-se em incomensurável problema de saúde pública nacional, com relevantes repercussões sobre o nosso já combalido sistema único de saúde, além de, virtualmente, sobrecarregar, de forma até mesmo imponderável, nosso claudicante sistema previdenciário.

Uso medicinal da maconha

O THC e seus análogos vêm sendo utilizados em pacientes portadores de esclerose múltipla, com relatos de alguns benefícios associados ao alívio de dor e de disfunções vesicais, além de controversos efeitos positivos sobre a espasticidade, porém, há registro de que a maconha inalada ou ingerida está associada a efeitos cognitivos adversos nesses pacientes, podendo ter significativo impacto negativo na sua qualidade de vida[163].

De forma contraditória aos resultados obtidos em estudos com animais, as substâncias canabioides não se mostraram potentes analgésicos para dor

---

[161] BEZERRA, A.B. C., et al. School attainment in childhood is an independent risk factor of dementia in late life: results from a Brazilian sample. **International Psychogeriatrics**, 2012. v. 24. p. 55–61.

[162] BRASIL. **Censo 2010**: cai taxa de analfabetismo no país. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2011/11/16/censo-2010-cai-taxa-de-analfabetismo-no-pais>. Acesso em 09 jul 2012.

[163] HONARMAND, K. et al. Effects of cannabis on cognitive function in patients with multiple sclerosis. **Neurology**, 2011. v.76. p.1153–1160.

aguda em seres humanos, não podendo ser recomendados para essa condição[164].

Desde 2002 tem sido demonstrado, em roedores condicionados pelo medo, que o sistema canabioide tem papel central na extinção de memórias adversas e da dor. Todavia, os estudos clínicos em humanos ainda são insuficientes para extrapolar tais conclusões para nossa espécie[165].

Recente meta-análise envolvendo 18 trabalhos clínicos controlados sobre a utilização de canabioides para tratamento de dor crônica, incluindo dor neuropática e dor associada à esclerose múltipla, sugere que tais substâncias possuem propriedades analgésicas moderadas, que podem ser parcialmente ou completamente anuladas pelos efeitos colaterais potencialmente sérios que podem causar[166].

Tonturas, sonolência, boca seca, comprometimento cognitivo e de memória, hipotermia, taquicardia, episódios de ansiedade ou psicoses podem ocorrer durante o uso de maconha para fins “medicinais”. Esses efeitos são relacionados à dose utilizada, sendo certo que pacientes com antecedentes de psicoses ou ataques de pânico não devem receber tal prescrição. Portanto, sopesando-se as propriedades analgésicas apenas moderadas, em seres humanos, ante o potencial de prejuízos que pode desencadear, alguns protocolos clínicos têm elencado a maconha como droga de segunda linha para terapêutica da dor crônica, em geral[167].

No cenário da prescrição médica da maconha também está o diagnóstico de glaucoma. Todavia, sobre o tema é ilustrativo o posicionamento oficial da Sociedade Americana de Glaucoma[168]:

---

[164] KRAFT, B.. Is there any clinically relevant cannabinoid-induced analgesia? **Pharmacology**, 2012. v. 89. p. 237–246.
[165] Ibidem.
[166] MARTÍN-SÁNCHEZ E., et al. Systematic review and meta-analysis of cannabis treatment for chronic pain. **Pain Medicine**, 2009. v. 10. p. 1353-1368.
[167] KRAFT, B.. Is there any clinically relevant cannabinoid-induced analgesia? **Pharmacology**, 2012. v. 89. p. 237–246.
[168] JAMPEL, H.. **Position statement on marijuana and the treatment of glaucoma**. Disponível em:

> Embora a maconha possa reduzir a pressão intraocular, seus efeitos colaterais e a curta duração de sua ação, combinados com a ausência de evidência de que possa alterar o curso clínico do glaucoma, atualmente, não há nenhuma recomendação para seu uso no tratamento de tal doença. (Tradução livre)

Genericamente, sobre o uso medicinal da maconha, os especialistas Kleber e Dupont enfatizaram que, se de um lado, não há literatura clínica que sustente inequivocamente os efeitos benéficos do uso terapêutico da substância, por outro, não se pode ignorar as precauções necessárias quanto aos seus efeitos colaterais, incluindo uma taxa de dependência de 9% do total de usuários. Nesse contexto, recomendaram que os médicos devem avisar seus pacientes de que o uso medicinal da maconha não é aprovado pelo FDA (*Food and Drug Adminstration*) e que não há, nos Estados Unidos, produtos padronizados ou purificados que tenham sido aprovados[169].

Aspectos econômicos

Estima-se que a descriminalização da maconha possa retirar algo como 10 bilhões de dólares dos cartéis e o crescimento comércio da droga nos Estados Unidos coloca a *Cannabis sativa* como a segunda maior safra do país, atrás apenas dos grãos. Como exemplo, cita-se que após a legalização do uso da maconha para fins medicinais, nas cidades norte americanas de Sacramento e San Jose, o primeiro mês da arrecadação dos impostos representou uma quantia de 290.000 dólares, o que equivale a aproximadamente 3,5 milhões de dólares ao ano[170].

Na Holanda, a partir de 05 de janeiro de 2012, entrou em vigor uma lei restritiva sobre a comercialização de maconha e outras “drogas leves” para estrangeiros e para nativos, também. A estimativa da prefeitura da cidade de Maastricht, estrategicamente localizada entre a Bélgica e a Alemanha, é de que

---

<http://www.americanglaucomasociety.net/patients/position_statements/marijuana_glaucoma>. Acesso em 08 jul 2012.

[169] KLEBER, H.D., DUPONT, R.L.. Physicians and medical marijuana. **American Journal of Psychiatry**, 2012. v. 169. p. 564-568.

[170] ERB, K.P..Stirring the Pot: Could Legalizing Marijuana Save the Economy? **Forbes**, 2012. Disponível em: < http://www.forbes.com/sites/kellyphillipserb/2012/04/20/stirring-the-pot-could-legalizing-marijuana-save-the-economy/>. Acesso em 08 jul 2012.

lá haverá uma perda de 118 milhões de dólares ao ano e o prejuízo será de 569 milhões de dólares/ano, considerando todo o país[171].

Nesse compasso, na Espanha, onde é permitido o cultivo de maconha apenas para uso privado, o conselho municipal da cidade espanhola de Rasquera, respaldado por referendo popular, aprovou medida *sui generis* para sair da crise econômica que assola o país: alugar sete hectares de terras para a *Asociación Barcelonesa Cannábica de Autoconsumo* (ABCDA) cultivar *Cannabis sativa,* para uso terapêutico e recreativo, de seus 5.000 associados. O plano reverteria em 1,3 milhões de euros para a cidade, ao longo de dois anos, o suficiente para quitar todos os débitos atuais, se não fosse vetado pelo governo central[172].

Direito à saúde

O direito à saúde – um direito social fundamental – está insculpido no art. 196 de nossa Carta Magna[173]:

> A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (g.n.)

Saúde, segundo definição da Organização Mundial de Saúde, divulgado na carta de princípios de 7 de abril de 1948 - desde então, o Dia Mundial da Saúde -, “é o estado do mais completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de enfermidade”[174].

---

[171] BENDER, A. Dutch government to Foreigners: no more weed for you. **Forbes**, 2012. Disponível em: < http://www.forbes.com/sites/andrewbender/2012/05/01/dutch-government-to-foreigners-no-more-weed-for-you/>. Acesso em 09 jul 2012.

[172] RODRIGUEZ, C. Eurozone local economic crisis? Marijuana to the rescue. **Forbes**, 2012. Disponível em: < http://www.forbes.com/sites/ceciliarodriguez/2012/05/06/eurozone-local-economic-crisis-marijuana-to-the-rescue/>. Acesso em 09 jul 2012.

[173] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 01 jan 2011.

[174] SCLIAR, Moacyr. História do Conceito de Saúde **PHYSIS***: Rev. Saúde Coletiva*, vol. 17, nº 1. p. 29-41, 2007.

Uma análise perfunctória do texto constitucional torna inescapável a depreensão de que o Estado brasileiro tem o dever de implementar atitudes gerenciais que reduzam o risco de doenças e de agravos à saúde de seus cidadãos.

Ante todos os argumentos cientificamente comprovados pela ampla gama de respeitáveis referências supracitadas, apontando inequivocamente no sentido dos efeitos deletérios do consumo da maconha sobre o organismo humano, notadamente de adolescentes, com grande potencial associado a prejuízos neurocognitivos e psiquiátricos, indaga-se: como é possível o Estado revogar sua legislação vigente, restritiva sobre a substância em tela, sem ameaçar, direta e concretamente a Lei fundamental?

Por outro giro, ao considerarmos essa questão, de forma responsável, do ponto administrativo, sob uma perspectiva de saúde pública, ponderando-se que a maconha é a substância ilícita mais consumida no mundo inteiro, torna-se impossível evitar uma digressão futurística, no sentido de projetar o provável impacto socioeconômico esperado no contexto de uma população composta por numerosos doentes com déficits neurocognitivos e restrições psiquiátricas, portanto, incapacitados para o trabalho, ainda em faixas etárias precoces, a gerar um passivo a ser sustentado pela população economicamente ativa remanescente. Como aceitar a razoabilidade de tal situação já previsível em nossos dias e, ainda assim, adotar a diretriz permissiva sobre a maconha, preconizada por determinados setores organizados da sociedade?

Quanto à questão econômica, tão decantada por esses mesmos setores, no sentido de que seria “evidentemente vantajosa”, a descriminalização da substância, na medida em que a arrecadação tributária gerada pelo seu comércio, somada à “economia” associada à interrupção do combate à ilicitude relacionada, torna-se mister fazer uma prévia contraposição de tal receita ante às despesas eventualmente geradas, a seguir, pela assistência do Estado, na forma constitucionalmente estatuída, à saúde dos consumidores e/ou a sua manutenção através de verbas previdenciárias vitalícias.

Não se podem ignorar, simplesmente, os modelos análogos já vivenciados em nossa sociedade, quando estudamos, inclusive sob uma perspectiva histórica, as consequências sobre a saúde pública e o erário, associadas ao consumo de bebidas alcoólicas e do tabaco, nos seus mais diversos matizes. Em tal contexto, como justificar, do ponto de vista constitucional, uma abordagem econômica que, em última análise, repercutirá negativamente sobre a saúde pública?

Direito à liberdade

Por outro giro, nas sociedades hodiernas, quando se coloca em tela a questão do consumo recreativo de drogas psicoativas, classificadas por muitos Estados como ilícitas, vários setores se insurgem reivindicando o direito fundamental à liberdade, à autodeterminação, como forma de legitimar sua opção pela utilização desse tipo de substância.

Do ponto de vista normativo, a Constituição Federal de 1988, ainda no preâmbulo, assegura a liberdade como um "valor supremo" de nossa sociedade[175] e garante, no *caput* do artigo 5º, aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à liberdade"[176].

Sobre tal perspectiva, Canotilho descreve que através da noção de liberdade "visa-se defender a esfera dos cidadãos perante a intervenção do Estado"[177].

Bobbio leciona, acerca do direito à liberdade, mencionando Kant, que este se revelou pela primeira vez na Revolução Francesa, como autodeterminação, autonomia para legislar para si mesmo, em oposição aos "governos despóticos tradicionais"[178].

---

[175] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 22 jul 2012.
[176] Ibidem.
[177] CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 395.
[178] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9. ed. São Paulo: Elsevier, 2004. p.100.

Sobre a liberdade, Kant assim a define: "a independência de ser constrangido pela escolha alheia é o único direito original pertencente a todos os homens em virtude da humanidade destes"[179]. E prossegue: "a autonomia é, pois, o fundamento da dignidade da natureza humana"[180], esclarecendo que autonomia é a liberdade da vontade[181], incluindo a advertência de que que "não basta atribuir liberdade à nossa vontade, seja com o fundamento que for, se não tivermos razão suficiente para atribui-la também a todos os seres racionais"[182], conduzindo à conclusão de que "a autonomia da vontade é o único princípio de todas as leis morais"[183].

Aspectos bioéticos

Com o impulso gerado pelo *Kennedy Institute of Ethics*, fundado em 1971, formou-se uma concepção particular da Bioética que dominou o cenário científico por mais de duas décadas, conhecida como *principialismo*[184].

O principal trabalho sobre o tema é o livro do filósofo Tom Beauchamp e do teólogo James Childress, em 1979, *Principles of Biomedical Ethics*, que sugere os quatro princípios básicos da Bioética: autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça[185].

Quanto à autonomia, sob a óptica da Bioética, o significado do vocábulo torna-se mais complexo. Gilles Voyer define que "cada ser humano tem nele mesmo uma determinada capacidade de desenvolvimento moral. Sob tal perspectiva, autonomia, no amplo sentido do termo, é o pleno desenvolvimento

---

[179] KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: Edipro, 2003. p. 83.
[180] KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 66.
[181] Ibidem. p. 79.
[182] Ibidem. p. 80.
[183] KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 43.
[184] DURAND, Guy. **Introdução geral à Bioética**. História, conceitos e instrumentos. 2. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2007. p. 51.
[185] DINIZ, Débora, GUILHEM, Dirce. **O que é Bioética?** 1. ed. 5. reimp. São Paulo: Brasiliense, 2009. p. 39.

desse potencial que se dá em três facetas: a preocupação consigo mesmo, a preocupação com outrem e a preocupação com cada um"[186].

Nesse contexto, autonomia deve ser entendida como "nossa capacidade de harmonizar em nós mesmos o jogo entre desejo e razão"[187]. Essa noção inclui tudo o que o direito preceitua sobre autodeterminação e "acrescenta a atenção ao bem do outro"[188].

Aspectos constitucionais

Ronald Dworkin ensina que "a Constituição funde questões jurídicas e morais, fazendo com que a validade de uma lei dependa da resposta a problemas morais complexos"[189].

E continua, explicando que "os cidadãos têm direitos pessoais à proteção do Estado, assim como direitos pessoais a estar livres da interferência estatal, e pode ser que o governo tenha que escolher entre esses dois tipos de direitos". E, se a escolha for certa, protegendo "o mais importante, em detrimento do que tem menos importância, o governo não terá enfraquecido ou aviltado a noção de direito"[190].

A seguir, Dworkin pontua que quando o Estado define um direito, deve considerar o "custo social de diferentes propostas e fazer os ajustes necessários"[191]. E torna sua argumentação mais clara ao escrever[192]:

> Quando os juristas dizem que os direitos podem ser limitados para proteger outros direitos ou para impedir uma catástrofe, eles têm em mente casos nos quais causa e efeito são relativamente claros, como o conhecido exemplo do homem que dá um alarme falso de incêndio em um teatro lotado.

---

[186] VOYER, Gilles apud DURAND, Guy. **Introdução geral à Bioética**. História, conceitos e instrumentos. 2. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2007. p. 175.
[187] DURAND, Guy. **Introdução geral à Bioética**. História, conceitos e instrumentos. 2. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2007. p. 177.
[188] DURAND, Guy. **Introdução geral à Bioética**. História, conceitos e instrumentos. 2. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2007. p. 178.
[189] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 285.
[190] Ibidem. p. 297.
[191] Ibidem. p. 305.
[192] Ibidem. p. 310.

Todavia, salienta que a maioria das leis que restringem o direito à liberdade se justificam por "razões utilitaristas", na medida em que priorizam o interesse, ou "bem-estar geral"[193].

Teoria dos princípios

Nos sistemas jurídicos abertos o legislador utiliza-se de uma linguagem vaga, caracterizada pela ampla extensão do seu campo semântico, inclusive no que tange às consequências jurídicas atinentes à previsão legal. Essa forma torna-se mais apropriada à canalização das exigências da sociedade, tanto na Bioética quanto no Direito, pois, as exigências éticas são preferencialmente expressas como normas, sob a forma de princípios, ou cláusulas gerais[194].

O constitucionalismo contemporâneo é dominado pela "jurisprudência dos princípios" ou "jurisprudência dos valores", interpenetrada pela "jurisprudência dos problemas" (*Viehweg-Zippelius-Enterría*), que formam a espinha dorsal da Nova Hermenêutica, pós-positivismo, procurando "estorvar as ressurreições jusnaturalistas" e suprimir as "insuficiências" do positivismo legal[195].

Da lição de Paulo Bonavides, citando Boulanger – precursor da normatividade dos princípios[196]:

> (...) existem no Direito proposições às quais séries de soluções positivas se subordinam. Essas proposições devem ser consideradas como princípios. (...) A verdade que fica é a de que os princípios são um indispensável elemento de fecundação da ordem jurídica positiva. Contém em estado de virtualidade grande número das soluções que a prática exige. (...) O enunciado de um princípio não escrito é a manifestação do *espírito* de uma legislação.

---

[193] Ibidem. p. 414.
[194] MARTINS-COSTA. Judith. **Bioética e dignidade da pessoa humana***:* rumo à construção do biodireito. In: José de Oliveira Ascenção (coord.). **Estudos de Direito da Bioética**. Coimbra: Almedina, 2008. vol. II. p. 91-92.
[195] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 285.
[196] BOULANGER apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 268.

Conforme leciona Alexy, princípios são “mandamentos de otimização”, ao ordenarem que “algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Eles diferem das regras, na medida em que estas “contêm ‘determinações’ no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”[197].

São classificados por Larenz como princípios *abertos* - que assumem o caráter de ideias jurídicas norteadoras -, sobretudo, os princípios da Constituição, "como assinala Grabitz, a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade, o Estado de Direito, o Estado social, a democracia e a separação de Poderes"[198].

Observa-se que, no mundo fático, é inevitável o conflito entre princípios e, segundo Dworkin, a solução desse impasse deve levar em conta "o peso relativo de cada um deles". Caracteristicamente, quando emerge um conflito entre princípios, um deles terá que ceder, ao ser feito o adequado sopesamento, definindo-se qual dos interesses tem maior peso no caso concreto[199].

Conforme ensina Alexy, “o significado quanto ao conteúdo da primazia *prima facie* de direitos individuais é sobrestimado quando ela é confundida com uma primazia definitiva”[200].

Na situação concreta ora descrita, claro está que o sopesamento a ser feito, no âmbito constitucional, coloca, de um lado, o direito à liberdade, no tempo presente, como obrigação negativa do Estado e, de outro, o direito à saúde, como uma obrigação positiva. O primeiro, colocado na perspectiva individual, ao passo que, no que tange à saúde, erige-se uma noção de coletividade, em seu mais amplo sentido, inclusive com intangíveis repercussões para as próximas gerações.

---

[197] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 89-91.
[198] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 270-272.
[199] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 94-95.
[200] ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**. Estudos para a filosofia do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 198.

Nesse compasso, considerando as já mencionadas evidências científicas inequívocas que caracterizam os prejuízos causados à saúde humana pelo consumo da maconha, a simples evocação do direito à liberdade individual como pilar de sustentação a justificar a descriminalização de tal comportamento parece ensejar uma análise temerária e reducionista do tema.

Em tal contexto, deve-se acrescentar que, sob um ponto de vista sociológico, considerando a pluralidade dos meios tecnológicos de comunicação existentes na atualidade ensejando a mais ampla possibilidade de "se tornarem os únicos interlocutores do cidadão", é mister submeter a questão à meticulosa crítica sobre o risco dele "ser oprimido pela tirania comunicacional (...) que manipula a consciência das pessoas a tal ponto que elas passam a acolher os mandamentos do mercado como verdades incontestáveis (...), em pensar que existe apenas uma realidade"[201].

Em momentos de tal complexidade, envolvendo aspectos multidisciplinares de tão variados espectros, é mister que os juristas iluminem o tema, de forma científica e honesta, descortinem interesses subliminares enrustidos, rompendo com dogmas e preconceitos, eventualmente interpostos, ainda que corram o risco de serem classificados, em um primeiro momento, ante a análise perfunctória do caso, como "conservadores", porém, assegurando a plena vigência dos princípios constitucionais erigidos em nossa Carta Magna, inclusive como forma de garantir o bem de todos - objetivo fundamental da República.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**. Estudos para a filosofia do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 198.

________. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. 669 p.

[201] SHECAIRA. Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 213.

ASBRIDGE, M., HAYDEN, J.A., CARTWRIGHT , J.L. Acute cannabis consumption and motor vehicle collision risk: systematic review of observational studies and meta-analysis. **The British Medical Journal**, 2012. v. 344.

BENDER, A. Dutch government to Foreigners: no more weed for you. **Forbes**, 2012. Disponível em: < http://www.forbes.com/sites/andrewbender/2012/05/01/dutch-government-to-foreigners-no-more-weed-for-you/>. Acesso em 09 jul 2012.

BEZERRA, A.B. C., et al. School attainment in childhood is an independent risk factor of dementia in late life: results from a Brazilian sample. **International Psychogeriatrics**, 2012. v. 24. p. 55–61.

BINSWANGER, I., THURSTONE, C., NUSSBAUM, A.. Medical marijuana use and suicide attempt in a patient with major depressive disorder. **American Journal of Psychiatry**, 2011. v. 168. p. 778-781.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9. ed. São Paulo: Elsevier, 2004. p.100.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 827 p.

BOULANGER apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 827 p.

BRASIL. **Censo 2010**: cai taxa de analfabetismo no país. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2011/11/16/censo-2010-cai-taxa-de-analfabetismo-no-pais>. Acesso em 09 jul 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 22 jul 2012.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 395.

CERDÁ, M. et al. Medical marijuana laws in 50 states: Investigating the relationship between state legalization of medical marijuana and marijuana use, abuse and dependence. **Drug and Alcohol Dependence**, 2012. v. 120. p. 22–27.

DINIZ, Débora, GUILHEM, Dirce. **O que é Bioética?** 1. ed. 5. reimp. São Paulo: Brasiliense, 2009. p. 39.

DREWE, M., DREWE, J., RIECHER-RÖSSLER, A.. Cannabis and risk of psychosis. **Swiss Medical Weekly**, 2004. v. 134. p. 659-663.

DURAND, Guy. **Introdução geral à Bioética**. História, conceitos e instrumentos. 2. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2007. p. 51.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 568 p.

ERB, K.P..Stirring the Pot: Could Legalizing Marijuana Save the Economy? **Forbes**, 2012. Disponível em: < http://www.forbes.com/sites/kellyphillipserb/2012/04/20/stirring-the-pot-could-legalizing-marijuana-save-the-economy/>. Acesso em 08 jul 2012.

FONTES, M.A. et al. Cannabis use before age 15 and subsequent executive functioning. **The British Journal of Psychiatry**, 2011. v. 198. p. 442–447.

GEIBPRASERT, S., GALLUCCI, M., KRINGS, T.. Addictive illegal drugs: structural neuroimaging. **American Journal of Neuroradiology**, 2010. v. 31. p. 803– 08.

GOLDSCHMIDT, L. et al. Prenatal marijuana exposure and intelligence test. Performance at Age 6. **Journal of American Academy of Child and Adolescent Psychiatry**, 2008. v.47. p. 254-263.

HALL, C.B. et al. Education delays accelerated decline on a memory test in persons who develop dementia. **Neurology**, 2007. v. 69. p. 1657–1664.

HALL, W., DEGENHARDT, L.. Adverse health effects of non-medical cannabis use. **The Lancet**, 2009. v. 374. p. 1383–91.

HAYATBAKHSH, M. R. et al. Cannabis and anxiety and depression in young adults: a large prospective study. **Journal of the American Academy of Child & Adolescent Psychiatry**, 2007. v. 46. p. 408-17.

HONARMAND, K. et al. Effects of cannabis on cognitive function in patients with multiple sclerosis. **Neurology**, 2011. v.76. p.1153–1160.

JAMPEL, H.. **Position statement on marijuana and the treatment of glaucoma**. Disponível em: <http://www.americanglaucomasociety.net/patients/position_statements/marijuana_glaucoma>. Acesso em 08 jul 2012.

KALANT H. Adverse effects of cannabis on health: an update of the literature since 1996. **Progress in Neuro-Psychopharmacology and Biological Psychiatry**, 2004. v. 28. p. 849-63.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: Edipro, 2003. p. 83.

________. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 43.

________. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2005. 139 p.

KLEBER, H.D., DUPONT, R.L.. Physicians and medical marijuana. **American Journal of Psychiatry**, 2012. v. 169. p. 564-568.

KRAFT, B.. Is there any clinically relevant cannabinoid-induced analgesia? **Pharmacology**, 2012. v. 89. p. 237–246.

KRISHNAN S., CAIRNS, R., HOWARD, R. Cannabinoids for the treatment of dementia. **Cochrane Database Systematic Reviews**, 2009. v. 2.

LARGE, M. et al. Cannabis use and earlier onset of psychosis. **Archives of General Psychiatry**, 2011. v. 68. p. 555-561.

LARGE, M. et al. The association between cannabis use and earlier age at onset of schizophrenia and other psychoses: meta-analysis of possible confounding factors. **Current Pharmaceutical Design**, 2012.

MARTÍN-SÁNCHEZ E., et al. Systematic review and meta-analysis of cannabis treatment for chronic pain. **Pain Medicine**, 2009. v. 10. p. 1353-1368.

MARTINS-COSTA. Judith. Bioética e dignidade da pessoa humana*:* rumo à construção do biodireito. In: José de Oliveira Ascenção (coord.). **Estudos de Direito da Bioética**. Coimbra: Almedina, 2008. vol. II. p. 91-92.

MIGALHAS. **Entregue anteprojeto do novo CP**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI158412,11049-Entregue+anteprojeto+do+novo+CP>. Acesso em 05 ago 2012.

MUKAMAL, K. J. et al. An exploratory prospective study of marijuana use and mortality following acute myocardial infarction. **American Heart Journal**, 2008. v. 155. p. 465-70.

RODRIGUEZ, C. Eurozone local economic crisis? Marijuana to the rescue. **Forbes**, 2012. Disponível em: <http://www.forbes.com/sites/ceciliarodriguez/2012/05/06/eurozone-local-economic-crisis-marijuana-to-the-rescue/>. Acesso em 09 jul 2012.

SALOMONSEN-SAUTEL, S. et al. Medical marijuana use among adolescents in substance abuse treatment. **Journal of American Academy of Child and Adolescence Psychiatry**, 2012.

SCLIAR, Moacyr. História do Conceito de Saúde *PHYSIS:* **Rev. Saúde Coletiva**, vol. 17, nº 1. p. 29-41, 2007.

SHANNON, M.W., BORRON, S.W., BURNS, M.. **Haddad and Winchester's Clinical Management of Poisoning and Drug Overdose**. St. Lois: Saunders, 2007, 4. ed.

SHECAIRA. Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 213.

SMIT, F., BOLIER, L., CUIJPERS, P.. Cannabis use and the risk of later schizophrenia: a review. **Addiction**, 2003. v. 99. p. 425–430.

SOLOWIJ, N., BATTISTI, R. The chronic effects of cannabis on memory in humans: a review. **Current Drug Abuse Reviews**, 2008. v. 1. p. 81-98.

SOLOWIJI, N., et al. Cognitive functioning of long-term heavy cannabis users seeking treatment. **Journal of American Medicine Association**, 2002. v. 287. p. 1123-1131.

TORRES, G., FIESTAS, F.. Efectos de la marihuana en la cognición: una revisión desde la perspectiva neurobiológica. **Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública**, 2012. v. 29. p. 127-34.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). **World Drug Report 2011**. United Nations Publication, 2011.

VOYER, Gilles apud DURAND, Guy. **Introdução geral à Bioética**. História, conceitos e instrumentos. 2. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2007. p. 175.

WALL, M. M. et al. Adolescent marijuana use from 2002 to 2008: higher in states with medical marijuana laws, cause still unclear. **Annals of Epidemiology**, 2011. v. 27. p. 14-716.

CAPÍTULO 7

O CONCEITO DE INTEGRIDADE E A LEGITIMIDADE DA INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA DO DIREITO DE RONALD DWORKIN

Gabrielle Tatith Pereira[202]
DOI 10.11117/9788565604109.07

Introdução

O presente artigo pretende analisar a legitimidade da interpretação construtiva sustentada na moral política da comunidade de Ronald Dworkin.

Na primeira parte, estudam-se as concepções avalorativas e valorativas do Direito respectivamente sob o prisma positivista e sob o prisma da integridade. O propósito é percorrer um caminho que parte de um conceito descritivo e avalorativo do Direito para um conceito interpretativo e valorativo do Direito.

Considerando que a promessa positivista de segurança jurídica e de um Direito livre de valores morais e políticos não se concretizou, em face de um ordenamento jurídico calcado em princípios e regras com significativo grau de indeterminação, a teoria do Direito busca alternativas capazes de lidar com a complexidade decorrente da interpretação das normas e de justificar racionalmente as decisões jurídicas, especialmente no âmbito judicial.

Ao mesmo tempo em que se reconhece que a atividade interpretativa compreende uma atividade construtiva, constitutiva de sentido dos signos linguísticos e, portanto, um processo hermenêutico que está intrinsecamente associado às pré-compreensões de mundo do intérprete e às práticas jurídicas e políticas da comunidade, enfrenta-se o desafio de legitimar democraticamente as decisões judiciais em casos difíceis, nos quais se exige

---

[202] Graduada pela Universidade Federal de Santa Maria/RS e mestranda em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

do juiz uma interpretação construtiva do próprio Direito na busca da solução mais adequada ao caso concreto *sub judice*.

Na tentativa de oferecer uma resposta satisfatória, Ronald Dworkin desenvolveu uma teoria do Direito sustentada na integridade, por meio da qual amplia a concepção de Direito para além da norma, abrangendo um sistema único e coerente de princípios que reúne as opções morais e políticas da comunidade sobre equidade, justiça, devido processo legal e fraternidade.

A partir de um conceito interpretativo e valorativo do Direito, na segunda parte do artigo pretende-se analisar se o conceito de Direito como integridade oferece uma resposta satisfatória à legitimidade democrática da interpretação judicial dos casos difíceis. Para tanto, realiza-se uma abordagem do princípio da integridade na legislação e na decisão judicial, bem como da distinção entre decisão política baseada em argumentos de política e em argumentos de princípio. Por fim, faz-se uma análise da aceitabilidade racional das decisões judiciais nos casos difíceis, buscando uma melhor compreensão para a atividade do "juiz Hércules" e para a questão da única resposta correta.

O estudo opta por uma linha crítico-metodológica. Como métodos de procedimento, são utilizados principalmente o jurídico-descritivo (abordagem preliminar de um problema jurídico como fase metodológica de uma investigação) e o jurídico-interpretativo (procedimento analítico de decomposição do problema em seus diversos aspectos). No desenvolvimento da investigação, adota-se predominantemente o raciocínio dialético.

2 Entre a segurança jurídica e a justificação racional das decisões judiciais: o problema do conceito avalorativo do Direito.

O positivismo jurídico sempre se comprometeu com a segurança jurídica e com um Direito livre de valores morais e políticos. Ao pressupor um sistema jurídico autônomo que se diferencia em regras primárias, determinadoras de comportamento, e regras secundárias, que reproduzem autorreferencialmente normas, acabou por restringir o conceito de validade das prescrições jurídicas à manutenção dos procedimentos fixados para a normatização do Direito. Tal

legitimação, assentada na legalidade do procedimento de normatização, privilegia a procedência ou o processo correto de positivação, em detrimento da fundamentação racional do conteúdo da norma. As regras são válidas porque proclamadas segundo as regras previamente estabelecidas pelas instituições competentes. Ao final, a legitimidade do próprio sistema jurídico é transportada para uma regra fundamental pressuposta ou para uma regra de reconhecimento, sem, contudo, passar por uma fundamentação racional.[203]

Teóricos como Hans Kelsen[204] e H. L. A. Hart[205] concebem o sistema jurídico como fechado e autônomo em relação a princípios não jurídicos.

---

[203] Habermas, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol.I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010. p. 250.

[204] Segundo Hans Kelsen, a relação entre o Direito e a Moral sustenta-se na relatividade do valor moral, ou seja, na inexistência de uma Moral absoluta, que seja unicamente válida no seio de uma comunidade. Tendo em vista a grande diversidade do que os homens consideram como bom e mau, justo e injusto, em diferentes épocas e lugares, para o autor não haveria como se determinar qualquer elemento comum aos conteúdos das diferentes ordens sociais, à exceção do fato mesmo de constituírem normas sociais. Cada sistema moral relativo possui um valor moral também relativo. Assim, o que se pode ter como comum a todos os sistemas morais não é o conteúdo, mas a forma, ou seja, o caráter de norma social. Nesse sentido, dizer que o Direito é Moral significa que o Direito é uma norma social que estabelece como devida (como devendo-ser) uma determinada conduta humana. A Teoria Pura refuta em absoluto o pressuposto de que o Direito representa um mínimo moral, de que uma ordem coercitiva somente pode ser considerada Direito se atender a exigências morais mínimas. In: KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo : Martins Fontes, 2009. p. 67-78.

[205] A relação entre o Direito e a Moral é analisada de modo mais profundo pelo positivista H. L. A. Hart, em sua obra O Conceito de Direito. Ainda que reconheça pontos de convergência entre o Direito e a Moral (sistema de abstenções mútuas - mínimo de proteção ao individual), Hart afirma que a relação necessária entre ambos deve ser analisada em termos. Como primeiro aspecto relevante, afirma que a autoridade do Direito repousa na cooperação voluntária, na sua aceitação geral, e é essa autoridade que legitima o poder coercitivo, uma vez que as normas jurídicas são vinculantes independentemente de serem moralmente aceitas. Significa dizer que as normas jurídicas são válidas, ainda que prescrevam ou permitam iniquidades (o sistema de abstenções mútuas não precisa necessariamente ser estendido a todos). Para Hart, o aspecto central da problemática está nos méritos relativos de dois conceitos, um mais abrangente e outro mais restrito, destinados a classificar as normas de um sistema jurídico. O conceito de Direito mais abrangente considera válidas todas as normas produzidas segundo os critérios formais de um sistema de normas primárias e secundárias, independentemente de contrariarem normas morais convencionais. O conceito mais restrito de Direito exclui do sistema as normas moralmente ofensivas. Para o autor, não há benefícios em se adotar o conceito mais restritivo, porque criaria outra categoria de normas, que possuiria as demais características complexas das normas jurídicas, exceto a validade sob o prisma moral. Além disso, a negação de juridicidade às normas iníquas poderia simplificar de modo excessivo os problemas morais que delas se originam. Em contrapartida, o conceito mais abrangente permite a identificação e o estudo das leis moralmente iníquas e da reação social que despertam. Em realidade, a utilização da Moral convencional como um critério de validação das normas jurídicas não protege a sociedade da opressão do poder organizado. Sob esse prisma, o mais relevante para Hart é a clarividência dos homens quanto às possibilidades de abuso do

Embora reconheçam que as normas jurídicas correspondem, em grande medida, às normas morais convencionais ou aceitas (a uma moral relativa), refutam qualquer relação necessária entre o Direito e a Moral, de modo que o Direito pode assegurar validade a normas moralmente iníquas.

A pretensão positivista de dissociar a função estabilizadora de expectativas da função legitimadora das decisões judiciais mostra-se insatisfatória e, em certo sentido, paradoxal. Isso porque a razão e a moral são subordinadas à história. Assim, a interpretação positivista da prática da decisão judicial faz com que a garantia da segurança jurídica sobreponha-se à garantia da correção (justificação racional da decisão).[206]

Esse aspecto resta evidente no tratamento dos casos difíceis. A pretensão de pureza das normas jurídicas não é compatível com a indeterminação (intencional ou não-intencional) da linguagem e com a complexidade do processo interpretativo.

O positivismo oferece uma resposta superficial para o problema hermenêutico de justificação das decisões judiciais, que acaba na livre apreciação do juiz, uma vez que esse livre arbítrio constitui uma abertura para preferências e valores morais e políticos que não são fundamentáveis à luz do Direito.[207]

---

poder, ou seja, a ideia de que a validade das normas juridicamente não é conclusiva no tocante a sua obediência, que, em última instância, deve ser submetida a um julgamento moral. O conceito abrangente de Direito permite diferenciar a invalidade da imoralidade das normas jurídicas, compreendendo-as como problemas que merecem tratamentos distintos. In: HART, H.L.A. **O Conceito de Direito**. São Paulo : Martins Fontes, 2009. p. 239-273.

[206] Habermas, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol.I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010. p. 251.

[207] Hans Kelsen, em sua teoria pura do Direito, afirma que, se interpretar é fixar cognoscitivamente o sentido do objeto a interpretar, o resultado da interpretação jurídica somente pode ser a fixação de uma moldura que represente o Direito a ser interpretado e, mais especificamente, as várias possibilidades interpretativas existentes dentro da moldura. É de se observar que essa margem interpretativa fica circunscrita ao Direito, e mesmo que o intérprete sofra a influência de juízos morais, políticos ou de justiça, tais influências nada dizem sobre a validade da interpretação da norma jurídica, porque são determinações que não resultam do próprio Direito. Nesse sentido, para a ciência jurídica, a decisão judicial que aplica quaisquer das possibilidades interpretativas abarcadas pela moldura é o Direito posto para aquele caso

Assim, as teorias positivistas mostram-se incapazes de garantir segurança jurídica e tampouco justificam democraticamente a influência hermenêutica no processo de decisão jurídica. Ao contrário, ao invés de tratarem adequadamente o problema da racionalidade das decisões judiciais, conferem primazia a uma história institucional purificada em relação a todos os fundamentos de validade suprapositivos.[208]

Em resposta a esse conceito descrito e avalorativo do Direito, desenvolveram-se teorias que o compreendem como um conceito necessariamente interpretativo e valorativo, a exemplo da teoria do Direito como integridade, de Ronald Dworkin, que pretende satisfazer (em parâmetros mais aceitáveis) simultaneamente as exigências de segurança e de aceitabilidade racional das decisões jurídicas, especialmente no âmbito judicial.

Segundo tal teoria, a validade do Direito não se assenta apenas na observância dos procedimentos de positivação de normas (critério formal), mas igualmente na justificação racional das decisões jurídicas – legislativas e judiciais – a partir da moral política da comunidade (critério material), que está, em última instância, amparada nas suas tradições e nas suas práticas políticas e jurídicas.

3 O Direito como integridade: a moral política da comunidade como um elemento de justificação racional da interpretação construtiva do Direito.

Ronald Dworkin propõe uma teoria do Direito significativamente distinta das teorias positivistas de Kelsen e Hart. Para o autor, o conceito de Direito não é factual ou meramente descritivo, mas normativo e interpretativo.[209] O

---

concreto, embora não seja a única resposta possível ou correta. Do exposto, percebe-se que, além da dificuldade de se delimitar os parâmetros para essa "moldura" do Direito, a teoria pura tem como pretensão dissociar a função estabilizadora de expectativas da função legitimadora das decisões jurídicas, especialmente judiciais.

[208] Habermas, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol.I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010. p. 250.

[209] Ronald Dworkin não é o único a defender um conceito normativo e interpretativo do Direito. Habermas, ao desenvolver uma teoria procedimentalista do Direito, sustentada na teoria do discurso, afirma que *'.. os princípios do Estado de direito e os direitos fundamentais,*

Direito é um conceito interpretativo de valor, como também o são a liberdade, a democracia e a justiça.[210] O Direito é fruto de uma interpretação construtiva que tem como propósito apresentar, em sua melhor luz, o objeto ou a prática a serem interpretados (ou seja, o próprio Direito), a partir do princípio da integridade.

A teoria de Dworkin destina-se a oferecer um princípio justificativo para a prática do Direito e, em última instância, para o uso legítimo da força. Por ser um conceito interpretativo, o Direito deve ser definido no âmbito de uma comunidade e a partir de um consenso prévio sobre quais são as práticas jurídicas dessa comunidade (por exemplo, legislaturas, tribunais, órgãos administrativos, advocacia, promotoria, etc.). Trata-se de um acordo pré-interpretativo contingente e local.[211]

O conceito interpretativo estabelece uma relação entre o Direito, a coerção e a política. Reconhece que a comunidade constitui um sistema de direitos e responsabilidades jurídicas, fruto de decisões anteriores e adequadas que autorizam a coerção, e que esse sistema beneficia a sociedade não apenas por oferecer previsibilidade ou devido processo legal, mas por assegurar aos cidadãos um tipo de igualdade que torna a comunidade mais genuína e que aperfeiçoa a justificativa moral para o exercício do poder político.

---

apesar de serem determinados in abstracto, só são encontráveis em constituições históricas e sistemas políticos. Eles são interpretados e incorporados em ordens jurídicas concretas, através do direito constitucional ou da realidade constitucional das instituições e processos políticos. (...) Um paradigma jurídico não consegue explicar o modo como os princípios do direito e os direitos fundamentais preenchem contextualmente as funções que lhes são atribuídas normativamente, a não ser que lancem mão de um modelo de sociedade contemporânea. Um “modelo social do direito” (Wieacher) contém implicitamente uma teoria social do sistema jurídico; portanto, uma imagem que esse sistema constrói acerca de seu ambiente social. A partir daí, o paradigma do direito esclarece o modo como os direitos fundamentais e os princípios do Estado de direito devem ser entendidos e realizados no quadro de tal modelo. O direito formal burguês e o direito materializado do Estado social constituem os dois paradigmas jurídicos mais bem-sucedidos na moderna história do direito, continuando a ser fortes concorrentes.’ In: **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol.I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010. p. 241-242.

[210] DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo : Martins Fontes, 2010.p. 212.

[211] DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 2010. p. 113.

Sustenta, igualmente, que direitos e responsabilidades decorrem de decisões anteriores e, por isso, têm valor legal, não apenas quando estão explícitos nessas decisões, mas quando procedem dos princípios de moral pessoal e política que essas decisões pressupõem como justificativa.[212] Isso significa que os direitos legais são o produto de decisões políticas (legislativas ou judiciais) que refletem a moralidade política da comunidade, segundo a história das suas práticas jurídicas.

O Direito como integridade pressupõe uma personificação profunda da comunidade, como um ente especial e distinto dos seres reais que são os seus cidadãos. A comunidade possui influências e responsabilidades morais próprias, que não se confundem com a moral convencional. Deve estar comprometida com os princípios da equidade, da justiça e do devido processo legal, mas pode ser infiel aos seus próprios princípios. Sua personificação é, portanto, atuante,[213] e as autoridades cumprem o papel de agentes da comunidade ao exercerem suas responsabilidades.

Nesse contexto, a integridade sustenta-se sob dois princípios políticos basilares: um princípio legislativo, que demanda aos legisladores tornar o conjunto de leis coerentes, e um princípio jurisdicional, que demanda aos juízes interpretarem a lei, tanto quanto possível, de modo coerente.[214]

Da mesma forma, a integridade concebe de maneira diferente o papel desempenhado pelos cidadãos na comunidade política. Ao aceitarem as responsabilidades que lhes são exigidas, podem igualmente exigir tais responsabilidades dos seus concidadãos, participando mais ativamente das decisões políticas explícitas. A integridade promove a união da vida moral e política dos cidadãos; conecta a vida pública e a vida privada para o benefício de ambas. Muito mais do que obedecer às decisões políticas da comunidade, o cidadão assume uma postura de fidelidade a um sistema fraternal de princípios

---

[212] Ibidem, p. 119 e 120.
[213] Ibidem, p. 208.
[214] Ibidem, p. 213.

e passa a ter a responsabilidade de identificá-los para si próprio e para os outros.[215]

O Direito como integridade não ignora que o conflito entre ideais é comum em política e que a justiça e a equidade são, até certo ponto, independentes uma da outra. Nesse sentido, a integridade deve ser vista como um terceiro e independente ideal, que deve prevalecer em caso de conflito entre a justiça e a equidade, assegurando coerência ao sistema.

Dworkin reconhece que nem sempre a comunidade política adotará princípios justos e que sua prática poderá legitimar injustiças, a exemplo da discriminação racial. Entretanto, a legitimidade política da comunidade será tanto maior quanto mais consolidada a ideia de que as obrigações dos cidadãos decorrem de decisões coletivas da comunidade, norteadas por princípios comuns e não por regras decorrentes de acordos políticos conciliatórios.[216] Para os cidadãos, a política constitui uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve aceitar como essenciais e sobre qual a sua concepção de justiça, de equidade e de devido processo legal (ou seja, sobre como esses princípios devem ser concretizados).

Nesse sentido, o fato de a comunidade amparar-se em princípios fraternais reduz o risco de decisões políticas conciliatórias, violadoras da equidade, porque a integridade pressupõe que cada pessoa é tão digna de respeito e consideração quanto qualquer outra e que deve ser igualmente considerada no momento da tomada da decisão política, seja no âmbito legislativo, seja no âmbito jurisdicional.

Mas os direitos e os deveres políticos não se esgotam nas decisões tomadas pelas instituições políticas; antes decorrem do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e reafirmam. Cada cidadão reconhece que os direitos e deveres decorrentes do sistema impõem-se independentemente de

---

[215] Ibidem, p. 231.

[216] Decisões conciliatórias são decisões políticas tomadas para acomodar interesses, mas que não podem ser sustentadas por nenhum princípio universalizável. Por exemplo, a fixação de responsabilidade objetiva para empresas fornecedoras de geladeiras e não para empresas fornecedoras de fogão, embora em ambos os casos esteja-se a tratar de responsabilidade do fornecedor de produtos eletrodomésticos em face do consumidor.

terem sido expressamente declarados ou de sua aprovação pessoal, porque são fruto do fato histórico de a comunidade ter adotado um modelo de princípios.

A integridade política é aceita como um ideal político, ainda que os cidadãos estejam em desacordo sobre a moral política.[217] Aliás, para Dworkin, o modelo de princípios ajusta-se melhor às sociedades moralmente pluralistas, porque torna específicas as responsabilidades da cidadania, na medida em que os cidadãos têm que aceitar os princípios de justiça e de equidade da comunidade política em que estão inseridos, ainda que pessoalmente não os considerem os mais adequados. O mesmo em relação às autoridades que agem em nome das instituições políticas.

Sua teoria, ao desenvolver o Direito a partir da ideia de integridade, pretende reunir num sistema único e coerente de princípios as opções políticas da comunidade sobre equidade, justiça, devido processo legal e fraternidade. Nesse modelo, os valores morais e políticos não se apresentam como valores alheios aos valores jurídicos, mas como elementos legitimadores do próprio Direito de uma comunidade.

Isso não significa que o autor não reconheça uma diferença entre os discursos jurídico, político e moral. O discurso jurídico é independente da moral e da política, mas somente no sentido de que também os princípios morais e as finalidades políticas podem ser traduzidos para a linguagem do Direito e conectadas ao código jurídico. Não obstante, por trás dessa uniformidade do código jurídico oculta-se um complexo sentido de validade do direito legítimo, o qual explica porque, no caso de decisões sobre princípios, os discursos jurídicos admitem argumentos extralegais, ou seja, considerações de tipo pragmático, ético e moral, introduzidos mediante argumentos jurídicos.[218]

Dworkin contrapõe-se à ideia de uma legitimação do Direito exclusivamente pela legalidade do procedimento de positivação de normas.

---

[217] DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 2010. p. 255.

[218] HABERMAS, JÜRGEN. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol.I. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010. p. 257.

Reconhece que o Direito, para além das normas postas, compreende um conjunto de princípios historicamente consolidados pelas práticas políticas e jurídicas, pela tradição. O Direito é construído e reconstruído mediante processos de vivência e de amadurecimento dos cidadãos, das instituições e da própria comunidade, de modo semelhante a um romance em capítulos. O Direito preocupa-se com o presente e com o futuro, mas não negligencia os aprendizados do passado.

Nesse contexto, o Direito como integridade obriga as instituições à observância da moral política da comunidade no momento da tomada de decisão política, seja na atividade legiferante, seja na deliberação judicial, a fim de assegurar a coerência do sistema jurídico. É essa busca de convergência entre as decisões políticas dos legisladores e dos juízes e os princípios da comunidade que garantirá, em última instância, a legitimidade do Direito.

Dworkin não pretende a construção de uma teoria de Justiça, mas sim a construção de uma teoria do Direito. Sua tarefa não consiste na construção filosófica de uma ordem social fundada em princípios de justiça, mas na procura de princípios e determinações de objetivos válidos, a partir dos quais seja possível justificar uma ordem jurídica concreta em todos os seus elementos e que contemple as decisões institucionais como um produto coerente.[219]

4 A legitimidade democrática da interpretação construtiva do Direito sustentada na moral política da comunidade.

Nesta parte do trabalho, pretende-se analisar se o conceito interpretativo e valorativo do Direito como integridade oferece uma resposta satisfatória à interpretação judicial dos casos difíceis e se a atividade de adjudicação legitima-se democraticamente. Para tanto, realiza-se uma abordagem do princípio da integridade na legislação e na atividade judicial, bem como uma análise da distinção entre decisão política baseada em argumentos de política

[219] Ibidem, p. 263.

e decisão política baseada em argumentos de princípio, com o propósito de definir espaços reservados de atuação entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário.

Ao final, faz-se uma análise da legitimidade da interpretação judicial dos casos difíceis, buscando-se uma melhor compreensão para a atividade do "juiz Hércules" e para a questão da única resposta correta.

4.1 A integridade na legislação e a integridade na decisão judicial.

O Direito como integridade compreende um sistema coerente de princípios que rege a comunidade, inclusive suas instituições políticas. Ainda que as práticas políticas e jurídicas nem sempre resultem coerentes, a integridade é um ideal que deve ser responsavelmente buscado e que se relaciona intimamente com os princípios da integridade legislativa e da integridade na decisão judicial.

A integridade na legislação pretende a coerência dos atos legislativos, restringindo a atividade do legislador ao criar ou alterar normas jurídicas. Já a integridade na decisão judicial exige que os juízes considerem o ordenamento jurídico como um conjunto coerente de princípios, interpretando as normas explícitas de modo a descobrir as normas que lhes estão implícitas.[220]

Evidentemente que o compromisso com a integridade não deve ser, em toda circunstância, superior ao compromisso com a justiça ou a equidade. Mas tanto o legislador quanto o juiz estão obrigados a buscar a melhor interpretação que os princípios da comunidade exigiam ou permitiam à época dos fatos, dosando justiça e equidade, a fim de que as suas decisões sejam coerentes com a moral política e com a tradição.

Isso não significa que o Direito como integridade seja conservador. As decisões legislativas e judiciais podem se afastar das práticas jurídicas anteriores caso a moral política da comunidade passe a exigir uma interpretação mais consentânea com seus princípios fundamentais (superação

---

[220] DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 2010. p. 261.

de interpretações que não satisfaziam, na maior medida possível, os princípios da comunidade).

Da mesma forma, a integridade não exige nenhuma forma simples de coerência em termos políticos, capaz de inviabilizar o espaço de decisão do legislador. A integridade na legislação é compatível com decisões políticas que favoreçam um grupo em particular (concessão de subsídios agrícolas a um segmento produtivo, por exemplo). Isso não significa reconhecer o direito desse segmente específico ao subsídio, em detrimento de outros, mas tão somente uma política que almeja, em última instância, o bem-estar geral.

Decisões políticas dessa natureza legitimam-se pelo seu sentido utilitarista, desde que não violem os direitos reconhecidos aos cidadãos pela própria comunidade como trunfos políticos, os quais devem ser sempre respeitados nas decisões legislativas ou judiciais. A integridade manifesta-se justamente na preservação desses direitos, enquanto questões de princípio, exercendo influência mais difusa nas questões de política.[221]

Nesse sentido, a integridade na decisão judicial exige uma forma especial de coerência, porque as decisões políticas dos juízes nos casos difíceis devem se sustentar nos direitos reconhecidos aos cidadãos pela comunidade e não na busca do bem-estar geral.

Essa distinção entre questões de política e questões de princípio revela-se central para a legitimação democrática da teoria do Direito de Dworkin, porque pretende uma sistematização entre as funções legislativa e judicial, reservando-lhes campos próprios de atuação, sem prejuízo da coerência do ordenamento jurídico, assegurada pelo princípio da integridade.

4.2 Os argumentos de política e os argumentos de princípio.

Dworkin afirma que uma teoria geral do Direito deve ser ao mesmo tempo normativa e conceitual e que a parte normativa deve conter uma teoria da legislação, uma teoria da decisão judicial e uma teoria da observância da lei.[222]

---

[221] Ibidem, p. 268.

[222] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo : Martins Fontes, 2010. p. IX.

O conceito de integridade pretende justificar e legitimar o Direito sob cada um desses enfoques.

Partindo de tal raciocínio, o autor sistematiza as funções legislativa e judicial a partir da diferenciação entre decisões de política e decisões de princípio, visando a delimitar o âmbito de atuação dos juízes na solução dos casos que lhe são submetidos à apreciação (*easy and hard cases*). Noutras palavras, Dworkin traça contornos entre a teoria da legislação e a teoria da decisão judicial.

Como regra geral, ele afirma que as decisões judiciais são proferidas à sombra da legislação.[223] Significa que, em sua maioria, as decisões judiciais aplicam o direito criado por outras instituições, notadamente o Poder Legislativo. Entretanto, as regras do direito são muitas vezes vagas e precisam ser interpretadas antes da aplicação. Ademais, há casos submetidos à apreciação judicial que não encontram correspondência no direito posto, o que força os juízes à interpretação construtiva, de modo dissimulado ou explícito.[224] São os chamados *hard cases* ou casos de difícil solução.

Em situações tais, os juízes não agem como legisladores delegados ou como um poder legislativo segundo, porque não estão legislando quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras instituições legitimadas. O Direito como integridade reconhece uma distinção fundamental (oriunda da teoria política) entre argumento de princípio e argumento de política, que se mostra essencial para o correto equacionamento das atividades legislativa e judicial.[225]

Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. São argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante o direito de um indivíduo ou de um grupo, o qual foi reconhecido pela comunidade em face de uma decisão política anterior.

---

[223] Ibidem, p. 128.
[224] Ibidem, p. 128.
[225] Ibidem, p. 129.

Dworkin reconhece que esses dois tipos de argumento não esgotam a argumentação política, mas assevera que os princípios e as políticas são os fundamentos essenciais da justificação política.[226] Nesse sentido, programas legislativos de certa complexidade comumente exigirão argumentos de política e de princípio, inserindo-se no âmbito de competência do legislador trabalhar com esses dois tipos de argumento.[227]

O legislador frequentemente se ocupa de questões fundamentais de moralidade ou de política ao decidir como votar uma dada situação. E não há qualquer exigência específica de coerência com os votos dos demais colegas ou com decisões das legislaturas passadas. A coerência que a integridade exige é concernente à fidelidade com a moral política da comunidade naquele momento histórico.

Em relação aos Tribunais, as decisões judiciais cujo fundamento de validade repousa na aplicação inquestionável de uma lei constituem uma decisão baseada num argumento de princípio, ainda que a edição da lei tenha sido fundamentada num argumento de política. Isso porque o argumento de política é irrelevante para a solução do caso concreto, uma vez que a lei o transformou em argumento de princípio.[228]

Contudo, há casos difíceis em que o direito posto não oferece uma solução satisfatória, e a decisão judicial pode ser construída a partir de argumentos de princípio e/ou argumentos de política. Para esses casos, Dworkin defende que as decisões judiciais devem resultar exclusivamente de argumentos de princípio, vedando-se a justificação com base em argumentos de política (utilitaristas).[229]

Sua tese sustenta-se em dois aspectos centrais. O primeiro consiste em que o Direito, enquanto política ou compromisso entre objetivos e finalidades individuais em busca do bem-estar da comunidade, deve ser criado por autoridades eleitas e responsáveis perante o eleitorado.[230] Significa dizer que

---

[226] Ibidem, pp. 129/130.
[227] Ibidem, p. 130.
[228] Ibidem, p. 131.
[229] Ibidem, p. 131.
[230] Ibidem, p. 133.

as decisões políticas devem ser tomadas a partir de um processo democrático que melhor equacione a pluralidade e a complexidade das sociedades contemporâneas. O segundo aspecto é concernente à segurança jurídica, uma vez que a decisão judicial baseada em argumento de política cria direitos e deveres pós-fato, aplicando-os retroativamente na solução do conflito, o que acarreta evidente insegurança jurídica.

Nesse sentido, os juízes não estão legitimados a proferir decisões judiciais fundamentadas em argumentos de política. Por outro lado, a decisão judicial baseada em argumento de princípio não cria propriamente direitos e deveres, ainda que eles não estejam explícitos em uma legislação anterior, em decorrência da concepção de Direito como integridade. As decisões judiciais encontram seu fundamento de validade, em última instância, nos princípios de moral política adotados pela comunidade e que devem nortear a interpretação construtiva realizada pelo magistrado.[231]

O fato de a decisão judicial sustentar-se num argumento de princípio exige um tipo especial de coerência interna na aplicação dos princípios que não se verifica nas decisões baseadas em argumentos de política (a concessão de subsídios agrícolas a um segmento produtivo não exige a extensão do benefício aos demais; a autorização do aborto, por outro lado,

---

[231] Para uma adequada compreensão dos argumentos de princípio, é significativa a contribuição de Jürgen Habermas, no seguinte trecho*: “Naturalmente a moral, no papel de uma medida para o direito correto, tem a sua sede primariamente na formação política da vontade do legislador e na comunicação política da esfera pública. Os exemplos apresentados para uma moral no direito significam apenas que certos conteúdos morais são traduzidos para o código do direito e revestidos com um outro modo de validade. Uma sobreposição dos conteúdos não modifica a diferenciação entre direito e moral, que se introduziu irreversivelmente no nível de fundamentação pós-convencional e sob condições do moderno pluralismo de cosmovisões. Enquanto for mantida a diferença das linguagens, a imigração de conteúdos morais para o direito não significa uma moralização do direito. Quando Dworkin fala de argumentos de princípios que são tomados para a justificação externa de decisões judiciais, ele tem em mente, na maioria das vezes, princípios do direito que resultaram da aplicação do princípio do discurso no código jurídico. O sistema dos direitos e os princípios do Estado de direito são, certamente, devidos à razão prática, porém, na maioria das vezes, à figura especial que ela assume no princípio da democracia. O conteúdo moral de direitos fundamentais e de princípios do Estado de direito se explica pelo fato de que os conteúdos das normas fundamentais do direito e da moral, às quais subjaz o mesmo princípio do discurso, se cruzam.”* In: **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol.I. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010. P. 256.

exige que o mesmo direito seja assegurado a todas as demais mulheres capazes).

Isso porque as questões de princípio destinam-se a efetivar direitos políticos fruto da história, da cultura e da moralidade da comunidade, os quais devem ser assegurados em igual medida a todos os cidadãos, seja no âmbito da legislação, seja no âmbito da decisão judicial. Nesse sentido, a integridade exige que a interpretação construtiva dos direitos, enquanto trunfos políticos, dê-se de modo institucional e contextualizado, minimizando-se as possibilidades de interpretação a partir de opções políticas pessoais dos legisladores ou dos magistrados.

Isso somente é possível porque o modelo de princípios pressupõe responsabilidades específicas dos cidadãos e das autoridades públicas, os quais têm que aceitar os princípios de justiça e de equidade da comunidade política em que estão inseridos, ainda que pessoalmente não os considerem os mais adequados.

Significa, então, que a interpretação construtiva de uma regra ou de um princípio busca conferir ao caso concreto a solução que melhor se adapta à moral política da comunidade, ou seja, ao conjunto de princípios que, na visão da comunidade, melhor satisfaz a justiça, a equidade, o devido processo legal e a fraternidade entre seus membros.

Esse processo interpretativo é complexo e frequentemente exigirá do magistrado a consideração dos argumentos de princípio e dos argumentos de política que foram (ou deveriam ter sido) considerados pelas instituições políticas da comunidade, especialmente pela legislatura, e que conferem a melhor resposta possível ao conflito que lhe é submetido.

Nesse sentido, a consideração das práticas políticas e jurídicas (em especial dos precedentes) torna-se parte da interpretação construtiva, porque o magistrado pretende alcançar, na maior medida possível, a *ratio* que legitima as decisões institucionais da comunidade.

É verdade que há uma distinção significativa entre a interpretação de regras (casos fáceis) e a interpretação de princípios (casos difíceis), sob o prisma da legitimidade democrática da atividade jurisdicional.

Isso porque, ao interpretar regras legais, os juízes atribuem à linguagem jurídica tanto argumentos de princípio quanto argumentos de política que fornecem a melhor justificação à luz das responsabilidades do Poder Legislativo. Entretanto, sua argumentação continua sendo de princípio,[232] porque a política é considerada apenas para determinar o âmbito de aplicação dos direitos já criados pela legislatura (aspecto teleológico) e, nesses casos, as limitações do texto tendem a assegurar um processo interpretativo sem absurdos (ou seja, o juiz pode afirmar que o Poder Legislativo estendeu uma política até os limites do texto, mas não pode legitimamente ultrapassar esses limites). Há, no caso, uma exigência de que o processo hermenêutico produza uma interpretação materialmente adequada e consentânea com os objetivos da lei, para o que normalmente são suficientes os critérios tradicionais de interpretação.[233]

Contudo, ao decidir os casos difíceis, que não encontram previsão legal específica, a interpretação construtiva tem como propósito encontrar argumentos de princípio que resolvam o conflito de modo adequado e coerente com as práticas jurídicas, uma vez que é vedado ao magistrado recorrer aos argumentos de política, os quais devem remanescer no foro democrático adequado.

Ocorre que, embora a distinção entre argumentos de política e argumentos de princípio seja aceitável no plano teórico, sua aplicação em casos concretos demonstra que essa linha divisória não se estabelece com suficiente clareza, dificultando a legitimação democrática da atividade jurisdicional.

Além do mais, tal problemática será tanto maior quanto mais principiológico for o ordenamento jurídico, em decorrência do grau de indeterminação inerente às normas-princípio, cujo processo de densificação permite que o discurso jurídico seja permeado por argumentos extralegais, ou

---

[232] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo : Martins Fontes, 2010. p. 171.

[233] Ver, por exemplo: LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Trad. José Lamego. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 439-518.

seja, considerações de tipo pragmático, ético e moral, introduzidos na forma de argumentos jurídicos.

Diante de tal realidade, a legitimidade da atividade jurisdicional dependerá de quanto maior for a possibilidade de justificação racional da decisão em face da moral política da comunidade, assegurando-se a integridade do sistema.

4.3 A justificação racional da decisão judicial dos casos difíceis sustentada na moral política da comunidade.

A partir da análise realizada nos tópicos anteriores, pretende-se responder à pergunta-problema especificamente suscitada neste trabalho: em que medida a interpretação judicial dos casos difíceis, sustentada na moral política da comunidade, legitima-se democraticamente?

Em sua teoria, Dworkin defende que as competências de positivação e de adjudicação encontram sua justificação no conceito de Direito como integridade, que compreende um conjunto coerente de princípios sobre justiça, equidade, fraternidade e devido processo legal e que devem ser harmonizados em cada situação específica, visando à decisão mais justa e correta sob o prisma da moral política comunidade.

A integridade exige que as decisões institucionais estejam justificadas numa teoria política geral coerente, que encontra sua significação máxima no ideal de que todos sejam tratados com igual consideração e respeito. Esse modelo estabelece uma ponte entre argumentos principiológicos morais e decisões a respeito de normas jurídicas.[234]

Significa que tanto a legislação quanto a adjudicação devem manter uma coerência com o conjunto de princípios aceitos pela comunidade e que regem as relações dos seus indivíduos mutuamente. O dever de reciprocidade, corolário do direito à igual consideração e respeito, estende-se a todos os direitos e princípios que se assentam em princípios políticos ou morais fundamentais da comunidade.

---

[234] GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**: justificação e aplicação. 2ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2011. p. 273.

Há que se ressaltar, entretanto, que a integridade na decisão judicial exige que casos iguais sejam igualmente tratados, não em decorrência de uma norma ou precedente específicos, mas em decorrência de um conjunto de princípios que representa a moral política da comunidade e que são passíveis de universalização.

Significa que a integridade projeta as suposições de racionalidade da prática de decisões judiciais ao nível de uma reconstrução racional do Direito vigente. A pretensão de legitimidade da ordem jurídica não repousa apenas na consideração da legislação e do precedente, mas na fundamentação racional das decisões judiciais, que devem ser aceitas pelos membros da comunidade.

Sob esse prisma, o princípio da integridade funciona como um princípio de relacionamento[235], porque aponta para além da aplicação de uma regra isolada, realizando-se num contexto coerente que examina todos os direitos e normas relevantes e todas as variantes de significado necessárias à justificação da decisão.

Disso resulta que, ao decidirem casos difíceis, os juízes não criam direitos novos, mas interpretam construtivamente direitos que já estão implicitamente assegurados pela comunidade política e que decorrem de princípios e direitos morais, cuja base assenta-se no direito à igual consideração e respeito.

A interpretação construtiva de Dworkin deve ser compreendida a partir da sua tese dos direitos como trunfos políticos. Para o autor, os cidadãos possuem direitos para além daqueles que a lei lhes outorga. São direitos morais historicamente reconhecidos pela comunidade aos seus membros (direitos em sentido forte) e que frequentemente são transformados em direitos jurídicos pela Constituição. Não obstante, a noção de integridade permite considerar esses direitos morais como integrantes da esfera de proteção jurídica dos indivíduos, independentemente de positivação.

Nesse sentido, a interpretação construtiva não autoriza o juiz criar direitos jurídicos a partir de suas concepções políticas ou morais subjetivas. Ao contrário, esse processo interpretativo obriga o juiz a buscar na comunidade de

---

[235] Ibidem, p. 271.

princípios a solução mais adequada para o caso, considerando as práticas políticas e jurídicas dessa comunidade.[236]

Sob tal óptica, o propósito do "juiz Hércules", idealizado, é justamente o de servir de modelo de comportamento aos juízes reais, no sentido de chamá-los à responsabilidade de interpretar construtivamente o Direito, especialmente nos casos difíceis, a partir da moral política da comunidade em que inseridos.

É inegável que a interpretação construtiva depende de a história, da qual uma ordem jurídica surgiu, sedimentar algum fragmento de razão existente.[237] No caso norte-americano, tem-se um desenvolvimento constitucional de mais de duzentos anos. Contudo, mesmo em outros contextos políticos e jurídicos, o direito vigente permite encontrar indícios históricos passíveis de reconstrução racional e é esse, precisamente, o papel do juiz real: justificar racionalmente a sua decisão a partir da reconstrução histórica das práticas políticas e jurídicas da comunidade de princípios.

Por óbvio, esse processo interpretativo é complexo e comumente envolverá colisões de direitos e de princípios. Nesse sentido, a melhor justificação para a interpretação construtiva dependerá de quanto mais abrangente e coerente for a consideração dos direitos, princípios e variantes de significado pertinentes para a solução do conflito, sob o prisma da moral política da comunidade.

---

[236] Habermas, ao definir a interpretação construtiva de Dworkin, assim afirma: *'Fazendo uma referência à minha crítica a Gadamer, Dworkin caracteriza seu procedimento hermenêutico-crítico como uma "interpretação construtiva" que explicita a racionalidade do processo de compreensão através da referência a um paradigma ou a um "fim"... Com o auxílio de tal procedimento da interpretação construtiva, cada juiz deve, em princípio, poder chegar, em cada caso, a uma decisão idealmente válida, na medida em que ele compensa a suposta "indeterminação do direito", apoiando sua fundamentação numa "teoria". Essa teoria deve reconstruir racionalmente a ordem jurídica respectivamente dada de tal modo que o direito vigente possa ser justificado a partir de uma série ordenada de princípios e ser tomado, deste modo, como uma encarnação exemplar do direito em geral.'* In: **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol.I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010. p. 261.

[237] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol.I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010. p. 266. O autor complementa que *'com o conceito da "integridade" Dworkin tenta explicar que todas as ordens jurídicas modernas apontam para a ideia do Estado de direito, proporcionando um ponto firme para a hermenêutica crítica da história institucional, mesmo que os vestígios deixados pela razão prática sejam muito esmaecidos. O princípio da "integridade" caracteriza o ideal político de uma comunidade, na qual os parceiros associados do direito se reconhecem reciprocamente como livres e iguais.'*

Essa interpretação repousa num juízo de racionalidade intersubjetivo[238], porque cada direito somente pode ser afirmado a partir da consideração adequada de outros direitos, entre os quais se estabelece uma relação de reconhecimento recíproco. É que a integridade pressupõe uma convivência harmônica entre os direitos, os princípios e os fins da comunidade, razão pela qual as colisões devem ser resolvidas por meio de argumentos de adequação que, num caso específico, confiram a solução mais correta possível, sem prejuízo da coerência do sistema.

Nesse sentido, a resposta correta apresentada por Dworkin deve ser compreendida a partir da distinção entre fundamentação e aplicação da norma, ou seja, a partir da distinção entre juízos de justificação (validade) e de adequação (aplicação), segundo desenvolvido por Klaus Günther.[239] A decisão correta de um caso não depende apenas da fundamentação imparcial da norma, sustentada na igual consideração e respeito de todos os envolvidos, mas igualmente na sua aplicação imparcial, ou seja, na consideração de todas as situações características possíveis.

Em tal perspectiva, o sentido de coerência proposto por Dworkin desloca-se do plano ideal para o plano do possível, de modo que a reconstrução racional do Direito permita uma decisão correta a cada nova situação de aplicação, que considerará uma quantidade flexível de princípios e

---

[238] GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**: justificação e aplicação. 2ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2011. p. 274.

[239] Klaus Günther pretende, em sua obra, defender que não se pode abdicar da razão prática em casos de conflito moral e jurídico. O senso de equidade consiste não apenas em seguir princípios corretos, mas em aplicá-los com imparcialidade, considerando todas as circunstâncias especiais. Demonstra que a distinção entre fundamentação e aplicação de normas morais é possível, utilizando-se da ética cognoscitiva do discurso, para a qual a validade das normas morais depende da fundamentação, bem como de critérios racionais para a aplicação de normas em casos concretos. Ao analisar os critérios de argumentação no Direito, afirma que nas sociedades complexas e plurais, em que o tempo e as possibilidades são limitadas, instituições especializadas precisam assumir a tarefa da equidade. O Direito constitui uma relação entre os participantes virtuais do discurso cuja demanda mútua é a observância efetiva das normas válidas, reconhecendo-se, assim, reciprocamente como sujeitos de direito. O risco da violação das normas somente pode ser minimizado pelo Direito, por meio de um procedimento que assegure decisões imparciais e efetivas num caso concreto. Ao analisar o conceito de Direito enquanto integridade proposto por Dworkin, Günther afirma que a vantagem da teoria está em considerar imparcialmente todos os sinais característicos relevantes de uma situação *sub judice*. O princípio da integridade deve ser compreendido como um princípio para argumentações de adequação, ou seja, um princípio para assegurar a imparcialidade na aplicação das normas.

determinações de fins possíveis (da consideração de todos os direitos, os princípios e os fins envolvidos passa-se à consideração de todos os direitos, os princípios e os fins possíveis).

Assim, a resposta correta deve ser compreendida como a melhor resposta possível, comparativamente às outras, em relação à abrangência e à coerência da justificação segundo a moral política da comunidade no contexto histórico em que institucionalizada (aplicada) a decisão.

A referência ao contexto histórico é essencial ao conceito de Direito como integridade e à justificação democrática da interpretação construtiva na deliberação judicial, porque as práticas políticas e jurídicas da comunidade de princípios alteram-se com as suas próprias experiências. Revelam o estágio de um processo lento e constante de amadurecimento histórico, político e institucional e, como tal, sujeitam-se a transformações.

Em realidade, a resposta correta pretendida por Dworkin é aquela que confere aos direitos e aos princípios em conflito a melhor interpretação possível (imparcialidade na justificação e na aplicação) segundo a moral política da comunidade num determinado contexto histórico, político, social e jurídico.

Conclusão.

A pretensão positivista de dissociar a função estabilizadora de expectativas da função legitimadora das decisões jurídicas mostra-se insatisfatória e, em certo sentido, paradoxal, porque a compreensão positivista da prática da decisão judicial faz com que a garantia da segurança jurídica sobreponha-se à garantia da correção (justificação racional da decisão).

Significa que a redução do Direito à norma posta prima pelo ideal de segurança jurídica, mas negligencia a complexidade do processo interpretativo, por meio do qual o Direito vê-se permeado por valores não jurídicos. Trata-se de ignorar o problema da legitimidade democrática da interpretação das normas, ao invés de justificar racionalmente a atividade de adjudicação.

O conceito integridade desenvolvido por Dworkin sustenta-se no pressuposto de que o Direito é o produto coerente de uma interpretação

construtiva das práticas políticas e jurídicas de uma comunidade. O autor não ignorar as complexidades decorrentes de se considerar o Direito como uma opção valorativa, mas, ao contrário, pretende lidar com as consequências dessa opção e encontrar fundamentos racionais capazes de legitimar as decisões institucionais da comunidade.

Segundo sua teoria, a validade do Direito não se assenta apenas na observância dos procedimentos de positivação de normas, mas igualmente na justificação racional das decisões jurídicas (legislativas e judiciais) a partir da moral política da comunidade, ou seja, a partir de um conjunto de princípios morais e políticos que se revelam pelas tradições e pelas práticas políticas e jurídicas.

Nesse sentido, a atividade judicial deve ser compreendida como um instrumento de concretização do princípio da integridade a partir de argumentos de princípio, por meio dos quais se torna possível a introdução de considerações de tipo pragmático, ético e moral no discurso jurídico, como elementos de justificação.

Nesse contexto, a aceitabilidade racional dessa interpretação construtiva dependerá de quanto mais abrangente e coerente for a consideração dos direitos, princípios e variantes de significado pertinentes e possíveis para a solução do conflito, sob o prisma da moral política da comunidade.

Assim, a resposta correta pretendida por Dworkin deve ser compreendida como aquela que confere aos direitos e aos princípios em conflito a melhor interpretação possível (imparcialidade na justificação e na aplicação) segundo a moral política da comunidade num determinado contexto histórico, político, social e jurídico.

Referências bibliográficas.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo : Martins Fontes, 2010.

- **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 2010.

- **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo : Martins Fontes, 2010.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**: justificação e aplicação. 2ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2011.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. 3. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2010.

HABERMAS, JÜRGEN. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol.I. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010.

___ **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. II. 2ª ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2003.

___ **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Trad. Lúcia Aragão. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2002.

HART, H.L.A. **O Conceito de Direito**. São Paulo : Martins Fontes, 2009.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Trad. José Lamego. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte : Malheiros. 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo : Martins Fontes, 2009.

CAPÍTULO 8

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: LIMITES DE ATUAÇÃO PELO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Rodrigo Rodrigues de Oliveira e Silva Prudente
DOI 10.11117/9788565604109.08

Resumo: O trabalho versa sobre a atuação do Conselho Nacional de Justiça na Jurisdição Constitucional. Busca-se um enfoque diferente, sob o ponto de vista da legitimidade democrática da jurisdição constitucional como verdadeiro instrumento de garantia dos direitos fundamentais e de defesa do procedimento democrático.

Abstract: The paper reports the performance of the National Council of Justice in the Constitutional Jurisdiction. Looking for a different approach, under the point of view of democratic legitimacy of constitutional jurisdiction. Thus, it starts wiht the central idea of the constitutional jurisdiction as valid means of to guarantee the fundamental rights and defense of the democratic procedure.

INTRODUÇÃO.

O objetivo geral do trabalho será um exame crítico da atuação do CNJ, sob a égide da jurisdição constitucional, esta considerada como a lídima aplicação[240] hermenêutica da Constituição Federal de 1988 por juízes e tribunais, enfocando o controle de constitucionalidade como mecanismo de eliminação dos atos incompatíveis ao ordenamento jurídico e efetividade das instituições republicanas.

A jurisdicional constitucional se depara com o novel Conselho Nacional de Justiça (CNJ), este com poderes para exercer a fiscalização de atos de

---

[240] Interpretar já é aplicar.

conteúdo não jurisdicional, com atribuição de regulamentar condutas e procedimentos, e competência nos âmbitos administrativo, financeiro e disciplinar, relativamente ao Poder Judiciário e seus serviços auxiliares, conforme dispõe a Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004, que se iniciou com a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 96/1992 ligada á chamada Reforma do Judiciário.

O pleno funcionamento daquele órgão ainda gera incertezas em toda a comunidade científica, fazendo com que grande parte da sociedade, com autores de múltiplas origens e pensamentos, se posicione de maneira cautelosa buscando evitar desastres institucionais com proporções inimagináveis.

O acesso à justiça em tempo razoável, oriundo da moderna cosmologia proposta pela redemocratização brasileira em curso, surge como uma verdadeira obsessão do Estado, porquanto, hodiernamente, o Legislativo se tornou sinônimo de incompetência, o Executivo legisla mas não cumpre suas promessas de campanha, e por fim o Judiciário tenta assumir, a duras penas, esse vácuo de poder.

De matriz jurídico-constitucional, o assunto em testilha compreende desde a divisão e o equilíbrio entre os Poderes até a estrutura e a independência do Judiciário, nele incluído o CNJ, passando pela jurisdição constitucional como instrumento essencial e técnica de tutela de direitos. A temática também desperta o interesse cotidiano da mídia nacional, recém envolta à chamada lei da ficha limpa e o controle externo do Judiciário.

2 DESENVOLVIMENTO.

A marginalização das classes desfavorecidas no acesso á Jurisdição e a morosidade endêmica dos processos fez surgir a necessidade da reforma judiciária, a qual urgia, e ainda demanda, muito mais em aparelhamento financeiro e tecnológico do que a criação de um órgão de composição heterogênea, cuja existência deu ensejo a diversas questões.

A chamada "justiça em números", proposta pelo CNJ por meio de cumprimento de metas[241], provocou, principalmente nos juízes de direito, a percepção de que a magistratura é nacional (e não estadual ou particular como muitos pensavam), todavia, deu ênfase em diversos "gargalos" provenientes da completa falta de estrutura humana e material de vários segmentos do Poder Judiciário.

A falta de interiorização dos órgãos da Justiça Federal e o constante uso do processo judicial para a protelação de dívidas previdenciárias por parte do Poder Executivo, acabou por levar diversos assuntos ao crivo do STF.

O pacto federativo não se desenha nem expressa, em relação ao Poder Judiciário, de forma normativa idêntica à que atua sobre os demais Poderes da República. Porque a Jurisdição, enquanto manifestação da unidade do poder soberano do Estado, tampouco pode deixar de ser una e indivisível, eis que o Judiciário tem caráter nacional, não existindo, senão por metáforas e metonímias, "Judiciários estaduais" ao lado de um "Judiciário federal". A divisão da estrutura judiciária brasileira, sob equivocada denominação de "Justiças", é só a repartição racional do trabalho da mesma natureza entre distintos órgãos jurisdicionais, pelo fenômeno corriqueiro da distribuição de competências.

É proeminente que o controle de constitucionalidade, associado ao fortalecimento das garantias institucionais, tornou o Judiciário um superpoder capaz de dar a última palavra e sentido sobre a Constituição e o direito, e com isso, a necessidade de um controle democrático.

Historicamente, o controle externo do Poder Judiciário é próprio do sistema parlamentar, e no Brasil, república federativa presidencialista, a ideia de controle externo para o Judiciário insinua estranha intervenção na estrutura de poder constitucionalmente estabelecida, porquanto já existente o sistema de autocontrole ou de controle mútuo – sistema de freios e contrapesos.

---

241 Parâmetros advindos da análise econômica do Direito.

O Poder Judiciário, no Brasil, é fiscalizado por si próprio: administrativamente por seu órgão de controle interno e disciplinarmente pelas corregedorias.

O controle externo fica a cargo dos Tribunais de Contas, no especial aspecto da administração financeira e orçamentária, e é certo que em um país de dimensões continentais e com múltiplas culturas como o Brasil, cuja federação é formada de vinte e sete estados, cada um com o seu Judiciário independente e autônomo, contando ainda com a dualidade de justiça com cinco tribunais federais e mais os tribunais das justiças especiais (trabalho, eleitoral e militar), é natural que não houvesse uniformidade na administração do Poder Judiciário, pretensão de grande aspiração utópica e ideológica.

A jurisdição constitucional declarou de absoluta legalidade a criação do CNJ, sua formação e competência, deixando explicitado que todo o Poder Judiciário, com exceção de ordem lógica apenas do STF, estava submetido à disciplina administrativa, cabendo à Corte Maior rever os erros e acertos, quando provocada. A matéria acabou por ser debatida e julgada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367-DF, contudo as discussões não se findaram com o pronunciamento do STF, porquanto respeito e crítica não são inconciliáveis, ainda mais em estudo monográfico.

Considerado de “federalismo assimétrico” e tendente a combater as desigualdades regionais, o Estado Brasileiro, cujo poder sempre se delegou em movimento centrífugo, tal seja, do imperador (União) para as províncias (Unidades Federativas), hoje enfrenta a chamada redemocratização do judiciário, dado que a nação brasileira nunca passou por uma revolução propriamente dita, e a jurisdição constitucional resulta como instrumento de suma importância, e por que não dizer o único seguro, para dar limites á atuação do CNJ, como órgão de controle - interno e/ou externo como veremos no decorrer na pesquisa - e ao mesmo tempo resguardar a independência jurisdicional.

Não são raros os casos onde servidores, delegatários, entes públicos, juízes, tribunais e associações de classe aportam no píer da Suprema Corte,

pleiteando, em face do CNJ, remédios ou soluções para assuntos diversos, tais como: atos regulamentares, sanções disciplinares, concursos públicos, promoções de magistrados, limites da fiscalização correicional, subsídios, vantagens e gratificações, plano de cargos e carreira, avocação de processos disciplinares, atuação concorrente das corregedorias dos tribunais, para citar apenas alguns.

Longe das paixões e dos holofotes, o STF, também chamado pelo procedimentalismo de “arena do dissenso” ou “guardião do texto e da democracia representativa”, por meio da jurisdição constitucional, tem o condão de conformar a atuação do CNJ à ordem jurídica vigente, cabendo-lhe o poder de “dar a última palavra” interpretativa, sendo que suas decisões possuem um caráter vinculante e eficácia *erga omnes.*

A criação e funcionamento do CNJ, órgão em tese destinado ao controle e desenvolvimento do Poder Judiciário, continua sendo objeto de amplos debates nas mais diversas instâncias da sociedade brasileira.

Além disso, o CNJ, integrante do Sistema Nacional de Justiça, possui história, origem, formação, ordenação, procedimentos e regimento próprios, exerce o controle de legalidade em suas decisões administrativas, e demasiadamente, seus atos são objetos do controle concentrado de constitucionalidade e remédios outros aforados no âmbito do STF, e com uma certa frequência, suas decisões são questionadas nas mais diversas instâncias judiciais, cuja ciência ainda não demonstrou, com profundidade e vagar, a necessária adequação jurídica, em bases doutrinárias e jurisprudenciais.

Em tempos do chamado “neo-constitucionalismo” é incumbida nova tarefa ao Poder Judiciário. Se no período do pós-revolução francesa a determinação era de que o magistrado apenas ficasse adstrito a subsumir o caso concreto à norma, com a escola da exegese dentro de uma concepção de positivismo jurídico em sua aplicação mais densa, no modelo atual, o papel exercido pelo judiciário é muito maior. Mas é preciso ter cuidado para não extrapolar seu papel, sob pena de aniquilar o sistema de separação de funções (ou da não concentração) e ferir também o Estado Democrático de Direito.

A partir da ideia de jurisdição constitucional cabe analisar o papel das instituições judiciárias, em especial, do STF como guardião da República no modelo constitucional brasileiro[242], com todas as suas qualidades e imperfeições, contextualizando os problemas ocorridos nas últimas duas décadas, sobretudo a atuação do controle de constitucionalidade como instrumento de colmatação da norma jurídica.

A instituição do conselho, no âmbito da reorganização de competências internas do Judiciário, não implicou violação ao princípio da separação e da independência dos poderes porque o CNJ, diretamente, não intromete na função típica do magistrado nem no equilíbrio constitucional entre Poderes. Nem tão pouco violou o auto-governo dos Tribunais porquanto a autonomia administrativa, financeira e orçamentária, segundo a ordem constitucional, deve sofrer interferências de outros Poderes ou de órgãos do próprio Judiciário. Quanto a hipotética ofensa ao pacto federativo, na medida em que submeteu os órgãos do Poder Judiciário dos Estados a uma supervisão administrativa, orçamentária, financeira e disciplinar por órgão da União Federal, frise-se, a magistratura é nacional e atende ao sistema republicano de controle e governo. Ademais, não são raros os mecanismos de controle mútuo entre os Poderes, a exemplo do veto, impeachment, controle de constitucionalidade, medidas provisórias, leis delegadas, poder de sustar atos normativos, controle de contas públicas, idulto e comutação de penas, elaboração do orçamento, quinto constitucional, etc.

A democratização da administração da justiça é uma dimensão fundamental da democratização da vida social, econômica e política, cuja abertura deve incluir o maior envolvimento e participação dos cidadãos. Bem certo que tais conselhos deveriam, além de magistrados e promotores de justiça, fiscalizar também advogados e demais colaboradores com a administração da justiça.

---

[242] A Constituição Federal governa permanentemente àqueles que governam transitoriamente.

Por meio da análise do controle concentrado de constitucionalidade, exercido pelo STF, pode-se interferir na zona de autonomia do CNJ. Essa faceta transdisciplinar da jurisdição constitucional é um novo paradigma para a solução de controvérsias, sobretudo limitando a atuação do CNJ e contribuindo para o desenvolvimento do Poder Judiciário brasileiro, sobretudo da magistratura brasileira.

A ciência jurídica enxerga o ordenamento como um sistema, regido pelo princípio da unidade, do qual a harmonia é corolário e quando quebrada, urge a incidência dos mecanismos de manutenção da supremacia formal e material da Constituição Federal, dentre os quais destacamos o *controle de constitucionalidad*e, e portanto, todo o direito infraconstitucional é analisado sob o crivo daquele Texto Magno, e tal leitura hermenêutica caracteriza a denominada *jurisdição constitucional*, traduzida na *super-legalidade* e subordinação de todos os atos de Estado e de todos os seus poderes às normas constitucionais, inclusive os de produção do direito.

O tema do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis não pode, certamente, identificar-se com a jurisdição ou justiça constitucional, a *Verfssungsgerichtsbarkeit* dos Alemães, mas sim, como elemento necessário da própria definição de Estado de direito democrático.

A questão se torna nefrálgica quando decisões tomadas por tribunais compostos de membros não eleitos contraria a opinião do povo, este tomado como ator central após a queda do absolutismo monárquico europeu. Mas, até na Idade Média, o juiz limitava a incidência de atos oriundos do Papa ou do Imperador, quando não coincidente com os postulados da Justiça, sendo célebre a frase “ainda há juízes em Berlim”. Na modernidade, por meio da *judicial review,* a supremacia do poder judiciário contrariava o sistema inglês da absoluta preponderância do Parlamento em relação aos demais poderes. Portanto, a real proteção aos direitos fundamentais por parte do Poder Judiciário tem a resistência do formalismo jurídico, e partindo-se do princípio de que o “poder constitui questão nuclear da teoria política”, segundo Clémerson Cléve, cabe a análise da teoria da separação de poderes, a qual, segundo

Montesquieu, e em que pese a sua imputação ao referido autor, Aristóteles já tecia seus primeiros comentários, e John Locke dividiu os poderes em quatro: legislativo, executivo, federativo e também "o poder de fazer o bem público sem subordinar as regras", *apud* Dalmo Dallari, as quais eram exercidos pelo Legislativo e Executivo. Já Montesquieu atribuiu a função de legislar ao poder correspondente, a função ao executivo, o que corresponde ao direito das gentes "paz, guerra, segurança, prevenção de invasões", e ao poder Judiciário a resolução de conflitos, segundo Luís Grohmann. Em Rousseau, a lei era a expressão do voluntarismo político que resulta da *volonté générale*, esta era concebida como uma universalidade racional, ao mesmo tempo que a generalidade e a abstração próprias da lei por ela aprovada correspondiam às exigências de forma própria da razão iluminista. Historicamente é possível encontrar manifestações do princípio da divisão de poderes remontando a Aristóteles, Platão, às magistraturas de Roma ou ao do Estado estamental; porém só no processo de luta do conhecimento liberal contra o Estado absoluto é que surge e triunfa a ideia da divisão de poderes, ou melhor, a não concentração de funções, como especialização jurídico-funcional e, sobretudo, ela se legitima em função da garantia de liberdade individual", conforme leciona Karl Loewenstein.

Mas o Poder Executivo é falho como promotor de justiça social e de direitos fundamentais. Fala-se então em teoria da reserva do possível, advinda do direito alemão que funciona como um elemento legitimador da não efetivação de todos os direitos fundamentais. Por conseguinte confirma-se o déficit de atuação e legitimidade tanto do Poder Legislativo como do Executivo. Nesse contexto surge o Poder Judiciário em seu momento de maior atuação, como garantidor dos direitos fundamentais, ou seja, se o cidadão não obteve determinada tutela por falta de prestação legiferante, recorre-se ao poder judiciário, pois "enquanto a Constituição é o fundamento de validade (superior) do ordenamento e consubstanciadora da própria atividade político-estatal, a jurisdição constitucional passa a ser condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito", segundo Lenio Streck. Por outro lado, o denominado *ativismo judicial* é criticado pelos *procedimentalistas*, corrente essa

capitaneada por autores como Habermas em contraposição à *substancialista* proposta por Capelletti, juntamente com os brasileiros Paulo Bonavides, Celso Antônio Bandeira de Mello, Eros Roberto Grau, Fábio Konder Comparato.

O tema jurisdição constitucional torna-se muito importante num país como o Brasil, com recorrentes momentos de inércia e déficit de integração social, que são tradicionalmente percebidos e interpretados, por teorias jurídicas especializadas em questões normativas, como contrastes ou hiatos entre um Direito Constitucional que se pretende legítimo e realidades político-sociais e econômicas recalcitrantes, um ideal a ser buscado e uma crua realidade.

A inércia do Legislativo e Executivo faz o Judiciário regular matéria que deveria ser analisada pela lei, provocando a *judicialização* de assuntos como: Reforma da Previdência, Contribuição dos Inativos na Previdência Social, Reforma do Judiciário, criação do Conselho Nacional de Justiça, Reforma Política (verticalização, a fidelidade partidária, a cláusula de barreira), Pesquisa com Células-Tronco, a Liberdade de Expressão (anulação total da Lei de Imprensa), Aborto de Anencefálicos, a União Homoafetiva, Tarifa de Transporte, Planos de Saúde, Mensalidade de Telefonia Básica, dentre tantos outros objeto de debate e intervenção do chamado intérprete corporativo (*Amicus Curiae)*. A jurisdição constitucional assume as funções do legislador, de forma concorrente, ou no mínimo subsidiária com uma “ordem concreta de valores” com o desenvolvimento de convicções axiológicas majoritárias. Afirma-se que a jurisdição constitucional deveria corrigir ou até mesmo antecipar-se ao Legislativo.

O controle concentrado de constitucionalidade funcionaria, segundo Kelsen, como processo de revogação de lei, sendo a Constituição da Áustria de 1920 quem conferiu competência à Corte Constitucional para tratar de matérias ligadas à Constituição, caracterizando essa ação como especial, modelo esse adotado por tantos outros países (Tchecoslováquia – 1921; Espanha – 1391; Alemanha – 1949; Itália – 1956; Chipre – 1960, dentre outros).

A partir do caso mencionado - criação do CNJ e controle de sua atuação - torna-se possível questionar até que ponto pode o Supremo e as instâncias judiciárias como um todo sendo os verdadeiros responsáveis em determinar se uma norma é válida ou não, e como é possível conceber em uma democracia esse tipo de decisão em que a maioria das pessoas é derrubada por uma decisão judicial, conquanto tais juízes, extremamente cultos e com conhecimentos jurídicos notórios, não são eleitos diretamente pela cidadania e tampouco estão sujeitos a avaliações periódicas populares. Dois conceitos podem ser analisados o de legitimidade da jurisdição constitucional e legitimidade no exercício dessa jurisdição, sob o viés crítico da doutrina da *self-restraint* ou autocontenção judicial.

Portanto, tais Conselhos, nascidos com a independência do Judiciário Europeu, este criado como função e evoluído ao patamar de Poder, com maiores especificidades na França e Itália, surgem como postulados de garantia da atividade judiciária ou melhoria de sua imagem, por meio da elaboração de orçamento, plano de metas e exercício do controle administrativo-funcional, contribuindo como freio de intervenção do Executivo, e principalmente, para a efetiva profissionalização dos juízes como gestores públicos, dada a real importância destes no processo de redemocratização brasileira. Atualmente, existem dois grandes modelos de Conselhos de Justiça: o latino-europeu e o nórdico-europeu.

A inserção de tal órgão no âmbito do Judiciário brasileiro se deu por meio da Emenda Constitucional nº 7/1977, editada com a base ditatorial do Ato Institucional nº 5/1968, dando origem ao artigo 112 da “Carta” de 1967/1969, em pleno recesso do Congresso Nacional, e posteriormente, a Lei Complementar nº 35/1979 (LOMAN), disciplinou sua estrutura e funcionamento. Em sua hodierna versão, sob a égide do artigo 103-B da Constituição de 1988, acrescido pela EC nº 45/2004, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) surge sob fortes críticas da judicatura, todavia, após um lustro de sua criação, as associações de classe, sobretudo da magistratura, encontram nele um píer de segurança e garantia da própria qualificação da atividade

judiciária, incrementada pelo controle dos excessos, sempre alerta, da jurisdição constitucional, baseada na doutrina e nas normatizações nacionais[243] e internacionais[244] existentes.

CONCLUSÃO

Os magistrados devem se expor democraticamente à crítica social, porquanto são experimentados no ofício de aplicar a lei, e atualmente, dependem da aprovação popular quanto ao seu trabalho e salário, de acordo com a recém promulgada lei da transparência. O CNJ é composto por juízes, donde é lícito crer que tal maioria constitua o primeiro elemento regulador do uso do poder de controle atribuído ao órgão.

Mister evitar, por meio de processo regimental, a limitação da autonomia da atividade típica do Poder Judiciário mediante o exercício desregulado do poder normativo primário do Conselho Nacional de Justiça, porquanto o CNJ, ao disciplinar atividades já previstas pelo legislador estadual e federal, usurpa competência e invade a atividade essencialmente jurisdicional, a exemplo das inúmeras resoluções normativas de assuntos tais como regulamentação das escutas telefônicas, das autorizações de viagens de crianças ao exterior e do papel das corregedorias estaduais. Com isso, o CNJ, de composição efêmera e leiga, modifica o poder judiciário *nacional* para um poder judiciário *federal*, ditando verdadeiras leis por meio de metas e resoluções, na busca do melhor aparelhamento do Estado brasileiro, o que, em tese, é salutar nas democracias incipientes de madurecimento tardio, sobretudo na América Latina.

A legitimidade da jurisdição constitucional, vertente do federalismo assimétrico, deve ser contemplada como técnica de tutela de direitos e

---

[243] Especialmente o Projeto de Lei Orgânica da Magistratura e as decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da criação e atuação do Conselho Nacional de Justiça.

[244] A Declaração Universal dos Direitos do Homem, bem como tratados internacionais que consagram os princípios de independência do Poder Judiciário.

instrumento democrático de formação de valores, visando a garantia da não concentração de poderes.

O conceito de jurisdição constitucional prende-se à necessidade do estabelecimento de uma instância neutra, mediadora e imparcial na solução de conflitos constitucionais, sobretudo, de uma instância mediadora de conflitos, no âmbito de sociedades pluralistas e complexas.

A relação entre o Poder Judiciário[245] e a criação judicial do direito, notadamente pela jurisdição constitucional, depende de um critério hermenêutico.

O denominado ativismo judicial, tido como quebra paradigmática da inércia do Estado-Juiz para imiscuir em assuntos republicanos, ante a ineficiência do Legislativo e apatia do Executivo, cria um ambiente de desgaste institucional catalizado pelo abuso da liberdade de imprensa.

Situar o STF como palco adequado para discussões de ordem política e ator legítimo da democracia representativa, ajuda a baixar a tensão entre a facticidade e a validade do direito posto.

Analisar a crise institucional entre os poderes da república, sobretudo da relação entre o CNJ, as associações de classe (AMB, OAB, CONAMP), a imprensa, a sociedade brasileira, colabora na necessária pedagogia que a magistratura nacional exerce nas demais instituições republicanas.

A abertura política do Poder Judiciário, a exemplo do Projeto de Lei Orgânica da Magistratura (LOMAN), a implementação integral da lei da transparência, a eleição direta dos presidentes dos tribunais pelos próprios juízes, o estabelecimento de planos estratégicos e orçamentários plurianuais de no mínimo seis anos para os tribunais brasileiros, a nacionalização do

---

[245] Único braço da república que apresenta integral profissionalização de seus membros, pois todos os juízes (de direito, federais, trabalhistas e militares) possuem escolaridade completa e formação técnica desvinculada de filiação partidária, ao contrário dos demais poderes e seus quadros de servidores.

concurso de ingresso e promoção na carreira da magistratura e a participação da União nos aportes financeiros necessários aos diversos órgãos judiciários, são medidas cruciais ao fortalecimento democrático da Justiça Nacional.

Passado o turbulento período da redemocratização brasileira, o viés agora repousa no combate à corrupção, portanto, deve-se contextualizar os desafios do juiz brasileiro no século XXI e o paradoxal arcabouço de ferramentas do século XX, tais como combate do crime organizado mediante legislação defasada, excesso de recursos processuais aliado à impunidade pela prescrição das penas, a cobrança de estatísticas de produtividade sem o aparato tecnológico, humano e funcional necessário, a excessiva exposição do magistrado e a falta de política de segurança pública que resultou na morte de quatro juízes e dois promotores públicos no exercício de suas funções, que se mostra uma problemática relevante e adequada, sob o ângulo do pensamento complexo.

Evoluída a sociedade contemporânea impõe, não só ao Judiciário, como também ao Executivo e ao Legislativo, uma nova postura de probidade e eficiência, voltada ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana como núcleo dos direitos dos sujeitos envolvidos na prestação jurisdicional.

O juízes brasileiros são instrumentos transdisciplinares de efetivação da cidadania plena, visando ainda a solução das controvérsias de índole constitucional, sem sacrifício de suas garantias de atuação.

REFERÊNCIAS Bibliográficas.

AGUIAR, Ruy Rosado de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. AJURIS, v. 20, n. 59.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARACHO, José Alfredo. Jurisdição Constitucional da Liberdade. SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord.) Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARBOSA, José Carlos Moreira. Direiro aplicado I (acórdão e votos). Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARBOSA, Rui, Oração aos moços. Russel, 2004.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição Constitucional. Entre Constitucionalismo e Democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. A Constituição de 1988 e a reconstrução democrática do Brasil. VIII Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2008.

_______. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira. Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 5ª ed. São Paulo: Malheiros.

_________. Jurisdição constitucional e legitimidade. 2ª ed. São Paulo: Malheiros.

_________. Teoria constitucional da democracia participativa. 3ª ed. São Paulo: Malheiros.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade, nº 3367-1. Rel. Ministro Cezar Peluso, 2004. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional: e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. Tradução de Aroldo Plínio, 2a. *ed. Safe,* 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Controle de Constitucionalidade e a Efetividade dos Direitos Fundamentais. SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord.) Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Atividade Legislativa do Poder Executivo. 2. ed. rev. e atual. do livro Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Jurisdição Constitucional Democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da Teoria Geral do Estado. 24. ed. São Paulo. Saraiva, 2003.DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Traduzido por J. Guinsburg e Bento Prado Jr. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

FURASTÉ, Pedro Augusto. **Normas técnicas para o trabalho científico.** 11.ed. Porto Alegre: s.n., 2000.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 10ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

GROHMANN, Luís Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas: a América latina em perspectiva comparada.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 2,2003.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

KANT, Emmanuel. Crítica da razão pura. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste, 1997.

KRELL, Andreas Joachim. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MARIOTTI, Humerto. As paixões do ego: complexidade, política e solidariedade. São Paulo: Phalas Atena, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. Estado de direito e jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011.

______. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. 3ª. São Paulo: Saraira, 2009.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORO, Sergio Fernando. Jurisdição Constitucional como Democracia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Coimbra: Almedina, 1987.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. Teoria Jurídica e novos direitos. Rio de janeiro: Lúmen Juris, 2000.

SAMPAIO, José Adécio Leite. O conselho nacional de justiça e a independência do judiciário. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Hermenêutica Jurídica em Crise. Uma Exploração hermenêutica da construção do direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____ Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à Necessidade de respostas corretas em Direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995.